

"No Oral Amendments"

Kandidatnummer: 224

Leveringsfrist: 15. januar 2009

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 34 619* ord

14.01.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Prosjekttilknytning: Anglo-Amerikanske kontraktsmodeller	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	1
1.3	Om ”No Oral Amendments”-klausuler	2
1.3.1	Innledning	2
1.3.2	Kort om Boilerplate-klausuler	3
1.3.3	Eksempelklausuler	4
1.3.4	Eksempler på når en NOA-klausul kommer på spissen	5
1.4	Formålet med NOA-klausuler	6
1.4.1	Forutberegnlighet	6
1.4.2	Beskyttelse mot svindel	8
1.4.3	Uønskede virkninger av å håndheve NOA-klausuler	9
1.5	Kontraktsklausuler av lignende karakter	10
1.5.1	Innledning	10
1.5.2	Prekontraktuelle skriftkrav og Subject to contract	10
1.5.3	Entire Agreement	11
1.5.4	No waiver-klausuler	11
1.5.5	Forbud mot sideløpere	12
1.5.6	Endringsordre i entreprisekontrakter	13
<u>2</u>	<u>KLAUSULENS OPPRINNELIGE BAKGRUNNSRETT: COMMON LAW</u>	<u>14</u>
2.1	Innledning	14
2.1.1	Om fremstillingen	14
2.1.2	Common law	14
2.1.3	Kort om equity	16
2.2	Engelsk avtalerett	17

2.2.1	Kontraktstolkning	17
2.2.2	Parol evidence	18
2.2.3	Kort om consideration	21
2.2.4	Contractual intention	23
2.2.5	Formfrihet	24
2.2.6	Forbearance	26
2.2.7	Promissory estoppel og Acquiescence	29
2.3	NOA-klausuler i common law	30
2.3.1	Innledning	30
2.3.2	Rettsvirkningene av brudd på kontraktsfestede skriftkrav	30
2.3.3	Lovregulering av NOA-klausulen i New York	37
2.3.4	Presumsjonsvirkningene – Bevismessig verdi	38
2.3.5	Kan avvikende praksis festne seg som en bindende endring av avtalen	39
2.4	Forholdet mellom fullmaktsregler og NOA-klausulen	41
2.4.1	Innledning	41
2.4.2	Kort om ”Apparent authority” (tilsynelatende fullmakt)	41
2.4.3	Begrenser NOA-klausulen hvem som kan endre avtalen?	42
2.4.4	Kan NOA-klausulen være en begrensning i fullmakten?	44
2.5	Oppsummering – Hvorfor har man NOA-klausuler i engelsk rett.	46
<u>3</u>	<u>ET KOMPARATIVT BLIKK PÅ NORSK RETT</u>	<u>47</u>
3.1	Innledning	47
3.2	Kontraktstolkning	48
3.3	Avtalt formkrav som gyldighetskriterium	49
3.4	Avtalerettslige kollisjonsregler – ”avtale posterior”	51
3.5	Bevisavskjæring	53
3.6	Lojalitetsprinsippet	54
3.6.1	Lojalitetsprinsippet i norsk rett	54
3.6.2	Lojalitetsprinsippets ufravikelighet	56

3.6.3	Komparativt med engelsk rett	57
3.7	Rimelighet	58
3.8	Betydningen av UNIDROIT og PECL	58
4	<u>NO ORAL AMENDMENTS - KLAUSULER I KONTRAKTER UNDERLAGT NORSK RETT</u>	<u>61</u>
4.1	Innledning	61
4.2	Skriftkravet	63
4.3	Virkeområde – hvilke endringer rammes	65
4.3.1	Innledning	65
4.3.2	Dispositivt avkall og oppsigelse av avtalen	66
4.3.3	Også detaljer eller kun større endringer?	67
4.3.4	Tillegg til avtalen eller ny, selvstendig avtale	70
4.4	Konstituerende virkning eller kun presumpsjonsvirkning	71
4.4.1	Innledning	71
4.4.2	Ordlyden	72
4.4.3	Partenes oppfatning av klausulen	73
4.4.4	Formålet med å innta klausulen i kontrakten	74
4.4.5	Hensynet til tredjeparter	75
4.4.6	Operasjonshensynet	76
4.4.7	Hensynet til lojalitet	77
4.4.8	ND 1989 s. 379	77
4.4.9	Oppsummering	78
4.4.10	Skjult sensur: Innskrenkende tolkning	79
4.4.11	Særlig om fullmakt: Formell begrensning i fullmakten	81
4.5	Virkingen av NOA-klausulen i norsk rett	83
4.5.1	Innledning	83
4.5.2	Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold og avtl. § 36	84
4.5.3	Abstrahering fra Kjøpsloven	86
4.5.4	Nordisk litteratur	88

4.5.5	Konklusjon	90
4.6	Etterfølgende omstendigheters betydning for NOA-klausulen	90
4.6.1	Innledning	90
4.6.2	Etterfølgende omstendigheter som tolkningsmoment	91
4.6.3	Avskåret for bruk dersom partene har innrettet seg	91
4.6.4	Passivitet	93
4.6.5	Kan en part kreve den opprinnelige avtalen gjeninnført?	97
4.6.6	Særlig om hensynet til tredjeparter	100
4.7	Begrenser klausulen stillingsfullmakten?	101
4.7.1	Innledning	101
4.7.2	”By the same persons”	102
4.7.3	”Duly authorised representative”	103
4.8	Andre virkninger av klausulen: Bevisverdi og Presumsjonsvirkning	104
4.8.1	Innledning	104
4.8.2	NOA-klausulen som bevis	104
4.8.3	Presumsjonsvirkning	105
4.9	Kan NOA-klausulen avskjære avtalebinding som følge av passivitet	107
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>110</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>113</u>
<u>7</u>	<u>LOVER, DOMMER, ETC.</u>	<u>120</u>

1 INNLEDNING

1.1 Prosjekttilknytning: Anglo-Amerikanske kontraktsmodeller

Denne avhandlingen er en del av et prosjektet ”Anglo-American Contract Models and Norwegian or Other Civilian Governing Law” ved Institutt for Privatrett.¹ Bakgrunnen for prosjektet er den vanlige praksisen med å adoptere kontraktsmodeller med anglo-amerikansk opphav inn i kontrakter som reguleres av et kontinentalt rettssystem.

Denne praksisen skyldes blant annet at stadig flere avtaler inngås på engelsk, og at partene for å sikre godt språk velger å kopiere en eksisterende engelskspråklig kontraktsklausul fremfor å formulere en egen. Til tross for at kontrakten inngås på engelsk, er det ikke nødvendig at engelsk rett er bakgrunnsrett for klausulen. Selv kontrakter mellom norske parter og med norsk bakgrunnsrett er ofte utformet på engelsk.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Temaet for denne avhandlingen er den såkalte ”No Oral Amendments”-klausulen (Heretter ofte referert til som ”NOA-klausulen”). Det er en typisk ”boilerplate” som regulerer hvordan avtaler kan endres. Formålet med avhandlingen er å analysere denne klausulens virkning i norsk rett. Strukturen for å oppnå dette er todelt. I den første delen av oppgaven skal jeg analysere hvilke virkninger klausulen opprinnelig var ment å ha i common law, og hvilke virkninger den faktisk har (kapittel 2).

I den andre delen av oppgaven skal jeg analysere virkningene av NOA-klausuler i kontrakter underlagt norsk bakgrunnsrett (kapittel 3 og 4). I kapittel 3 ser jeg på de delene av norsk rett som er relevante for å forstå i hvilken grad det som ble sagt om engelsk rett

¹ Se prosjektets hjemmeside: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project og Moss, Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law: Introduction and Method.

kan ha relevans for norsk rett. I kapittel 4 analyserer jeg rettsvirkningene av klausulen underlagt norsk rett.

Utgangspunktet for avhandlingen er NOA-klausuler inntatt i individuelt fremforhandlede avtaler mellom profesjonelle parter. Jeg avgrenser derfor mot NOA-klausuler inntatt i standardvilkår, og forutsetter at partene er jevnbyrdige og profesjonelle. Videre forutsetter jeg at kontrakten kun reguleres av alminnelige kontraktsrettslige regler.

Valg av engelsk "common law"

En del av klausulene som er tema for dette prosjektet er i like stor grad inspirert av amerikansk som av engelsk rett. I dette prosjektet har imidlertid engelsk rett vært utgangspunktet for analysen av de forskjellige kontraktsklausulene i sin opprinnelige common law bakgrunnsrett. Dette skyldes hovedsaklig at England er nærmest Norge og at prosjektet har hatt ekspertise tilgjengelig herfra. I tillegg består amerikansk rett egentlig av 50 forskjellige rettssystemer, noe som gjør amerikansk rett mer komplisert å forholde seg til.

I tråd med prosjektet for øvrig har denne avhandlingen hatt hovedfokus på engelsk rett ved beskrivelsen av common law. NOA-klausulen er imidlertid lite behandlet i engelsk teori og rettspraksis. Ved analysen av klausulens virkning underlagt common law har jeg av den grunn tatt utgangspunkt i både engelsk og amerikansk rett.

1.3 Om "No Oral Amendments"-klausuler

1.3.1 Innledning

"No Oral Amendments"-klausuler er en fellesbetegnelse på klausuler som oppstiller prosedyrer for hvordan en kontrakt skal endres. Klausulen består som regel av to deler. Den første delen av klausulen oppstiller et krav til skriftlighet (formkrav), og den andre delen spesifiserer hvem som har kompetanse til å avtale endringer.

NOA-klausuler er vanlige i alle typer avtaler, og særlig i store og komplekse avtaleforhold. Behovet for klausuler som regulerer hvordan endringer skal foretas er særlig stort i kontrakter der det er aktørene på begge sider er store organisasjoner eller selskaper. I mindre avtaler, og i avtaler med enkeltpersoner på begge sider vil avtaleforholdet være mer oversiktlig, og behovet for formelle rutiner, og dermed NOA-klausuler, er mindre.

1.3.2 Kort om Boilerplate-klausuler

NOA-klausulen er som sagt ovenfor en typisk ”boilerplate”-klausul. Såkalte ”boilerplate”-klausuler kan karakteriseres som ferdiglagde standardiserte kontraktsklausuler som passer i et stort antall kontrakter uavhengig av kontraktstype. Disse klausulene regulerer som regel driften av kontrakten, i motsetning til de kontraktsspesifikke materielle klausulene som gjelder selve kontraktsgjenstanden.² Formålet med ”boilerplate”-klausulene er å styrke forutberegnligheten i kontraktsforholdet. De er utformet for å sikre at partene skal kunne forutberegne sin rettsstilling mest mulig presist ut fra avtaledokumentet, uten innblanding fra bakgrunnsrettens generelle regler.

Et annet fellestrekk ved boilerplate-klausuler er at de sjelden er gjenstand for forhandlinger. De blir klippet og limt inn i kontrakten fra andre kontrakter, eller de ligger fastlagt i kontraktsmalen. Boilerplate-klausulene blir på den måten en del av kontrakten uten at deres eksistens eller utforming blir gjenstand for forhandlinger mellom partene.

NOA-klausulen har alle de typiske trekkene som kjennetegner boilerplate-klausul. Den gjelder driften av kontrakten, den har til formål å styrke forutberegnligheten, og den er sjelden gjenstand for forhandlinger. Klausulens rettsvirkninger er også uavhengig av hva slags kontrakt den er tatt inn i. Dette gjør at klausulen kan analyseres uavhengig av en konkret kontrakt.

² Christou s. 1.

1.3.3 Eksempelklausuler

Det mest sentrale elementet i NOA-klausulen er – som det også fremgår av navnet – at endringer må avtales skriftlig for at de skal binde partene. En typisk eksempelklusul kan være utformet slik:

Eksempel 1: "No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties".³

Denne klausulen har både et krav om skriftlighet og et generelt krav om at den som signerer må ha fullmakt. Den spesifiserer imidlertid ikke nærmere hva som ligger i kravet om fullmakt. Andre klausuler stiller strengere krav til dette. I noen kontrakter blir klausulen komplimentert med en liste over personer som skal regnes for å være "duly authorised", mens i andre kontrakter kan klausulen være enda mer restriktiv. Nedenfor er et eksempel på en klausul som kun tillater endringer gjennomført av de samme personene som undertegnet avtalen:

Eksempel 2: "This Agreement may be amended or modified in whole or in part at any time by an agreement in writing executed in the same manner and by the same persons as this Agreement".⁴

Hvilken klausul som blir brukt kan i praksis se ut til å være noe tilfeldig⁵, men den sistnevnte klausulen egner seg i teorien best i kontrakter som ikke er gjenstand for hyppige endringer. I bøker om praktisk kontraktsutforming blir det påpekt at denne klausulen gir best forutberegnlighet, men at det kan gå utover effektiviteten.⁶ Eksempelklausul 1 kan derfor være bedre egnet i kontrakter som er gjenstand for en del tilpasninger underveis.

³ Inspirert av eksemplene i Anderson s. 13.

⁴ Christou s. 235.

⁵ NOA-klausulen er som sagt en boilerplate-klausul som ofte klippes og limes fra andre kontrakter uten å være gjenstand for forhandlinger.

⁶ Christou s. 235.

1.3.4 Eksempler på når en NOA-klausul kommer på spissen

Virkningen av en NOA-klausul kan komme på spissen på flere forskjellige måter. For det første kan klausulen dukke opp ved spørsmål om en part er forpliktet til å oppfylle i henhold til den endrede avtalen. Dette kan typisk være krav på betaling for tilleggsarbeider som følger av en muntlig endringsavtale. Bestilleren kan da hevde at avtaleendringen ikke var bindende, og at han derfor ikke har plikt til å betale. Slike tvister er særlig praktisk innenfor blant annet entrepriseretten.

Videre kan det dukke opp misligholdskrav dersom ”feil” avtale blir oppfylt. Disse kravene kan komme både fra den part som hevder at den endrede avtalen som gjelder, og fra den part som hevder at den opprinnelige kontrakten fremdeles står ved lag. Misligholdskravene kan gjelde erstatning, men det mest problematiske er krav om heving. Slike krav kan oppstå for eksempel i de tilfellene der endrete råvarepriser eller markedsforhold har gjort kontrakten ugunstig. I slike tilfeller kan en muntlig avtaleendring som opprinnelig var ønsket, isteden bli en vei ut av kontrakten.

NOA-klausulen kan også komme på spissen i tvister som gjelder spørsmålet om hvem som har ansvaret for et kontraktsbrudd. For eksempel kan det være spørsmål om hvem som har ansvaret for at en underleverandør ikke kan levere i tilfeller der det er foretatt et leverandørskifte. NOA-klausulen vil kunne ha betydningen for om endring av underleverandør faktisk var avtalt, og dermed for ansvarsfordelingen.

Dette er kun eksempler på når og hvordan NOA-klausulen kan komme på spissen.

Klausulen kan komme på spissen i alle konflikter hvor det er av betydning om kontrakten er endret eller ikke, men hensikten med klausulen er å hindre at slike konflikter oppstår.

1.4 Formålet med NOA-klausuler

1.4.1 Forutberegnlighet

Det er flere grunner til at partene tar inn NOA-klausuler i avtalen, men den viktigste av årsakene er at de ønsker å øke forutberegnligheten i kontrakten.⁷ Å forhindre konflikter som gjelder spørsmålet om avtalen er inngått er en side av dette, men NOA-klausulen øker forutberegnligheten på flere måter. Klausulen bidrar til å fremme skriftlighet, noe som er sentralt for forutberegnligheten.

Skriftlighetskravet

Generelt sett er skriftlighet en fordel av flere grunner. For det første innebærer det at partene kan lese kontraktsdokumentet, og ut fra det avgjøre hva som er avtalens vilkår. Videre vil et krav om skriftlighet lage et klart skille mellom forhandlinger og disposisjon. Dette innebærer blant annet at partene har bedre muligheter til å forutsi sin rettslige stilling i en eventuell konflikt, noe som igjen øker mulighetene for å få løst konflikten i minnelighet.

En annen fordel ved skriftlighet er at det blir enklere for partene å kalkulere verdien og risikoen av kontrakten de har inngått. Dette kan blant annet ha betydning for prisen på en eventuell ansvarsforsikring.

Funksjonen til NOA-klausulen er å sørge for at den skriftligheten som partene oppnår ved å nedtegne kontrakten skriftlig, kan bevares gjennom kontraktens levetid. Dersom partene endrer avtalen muntlig etter hvert som det blir nødvendig med justeringer, vil det svekke den forutberegnligheten som den skriftlige kontrakten i utgangspunktet skulle sikre.

Ved muntlige endringer blir forutberegnligheten svekket på to måter. For det første kan det bli tvil om hva som er det eksakte innholdet i de vilkårene som er endret eller lagt til.

⁷ For amerikansk rett, se for eksempel Hillman, s. 449: ”Parties who agree to a NOM clause believe that their gains in increased certainty and stability outweigh the increased costs of contractual modifications”.

Muntlige utsagn er mindre presise enn skriftlige kontraktsvilkår, og ettersom tiden går kan det også være vanskelig å huske nøyaktig hva som ble avtalt. Videre kan det være vanskelig å oppdage motstrid ved muntlig endring, og detaljer eller scenarioer kan lettere bli oversett. Det er også større risiko for misforståelser ved muntlighet.

Den andre årsaken til at forutberegnligheten svekkes er at det kan være tvilsomt om avtalen i det hele tatt er endret. Det kan for eksempel oppstå en tvist der den ene parten hevder at forhandlingene endte med en bindende endringsavtale og den andre parten hevder at de ikke ble enige. Et krav om skriftlighet fjerner tvilen i slike tvister – i hvert fall om det kan håndheves. Enten er endringen skriftlig og signert, og i så fall bindende. I motsatt fall er den ikke signert og dermed ikke bindende.

Et skriftlig dokument som gir et korrekt bilde av det gjeldende avtaleforholdet gjør det også enklere for nye personer å sette seg inn i avtalen. Dette gjelder for det første dersom nøkkelpersonell i den ene partens selskap byttes ut. Videre kommer dette på spissen dersom en kontraktsposisjon avhendes eller om den ene parten går konkurs.

Ved å ta inn en NOA-klausul i avtalen styrkes forutberegnlighet gjennom skriftlighet på to måter. I første omgang fungerer den som oppfordring til partenes representanter om å sørge for at endringen gjøres i henhold til formkravene. Videre kan den, dersom muntlige endringer allikevel avtales, brukes til å avskjære endringer. Klausulen gir derfor en trygghet mot at en part skal bli overrumplet av en påstand fra den annen part om at kontrakten er endret muntlig.

Fullmaktsbegrensning

Etter alminnelige fullmaktsregler kan det være en relativt stor gruppe individer innenfor et selskap som har kompetanse til å avtale endringer. Dette kan svekke forutsigbarheten ved at ledelsen i selskapet ikke blir klar over at avtalen er endret. Dette gjelder selv om endringen avtales skriftlig dersom ikke selskapet har gode rutiner for intern

informasjonsflyt. NOA-klausulen kan styrke forutberegnligheten ved at partene begrenser hvem som har kompetanse til å foreta endringer i avtalen.

Strengt begrensninger i hvem som har kompetanse til å foreta endringer vil imidlertid kunne gå ut over muligheten til å gjennomføre nødvendige tilpasninger av kontrakten raskt og effektivt.

1.4.2 Beskyttelse mot svindel

NOA-klausuler oppstod opprinnelig på 18-tallet i amerikansk rett. Årsaken til at partene begynte å ta inn klausulen i kontraktene, var at de ønsket å beskytte seg mot svikaktige eller feilaktige påstander om at den skriftlige kontrakten var endret.⁸ Klausulen blir derfor ofte kalt en ”private staute of frauds” fordi man ved hjelp av klausulen forsøkte å oppnå samme effekt som ”Statute of Frauds” har innenfor sitt område.

”Statute of Frauds” er en lov som ble vedtatt i England 1677 og som krevde at enkelte viktige avtaler måtte være skriftlige.⁹ Hensikten med loven var å beskytte partene mot svikaktige vitneprov om at de avtalene som etter loven måtte være skriftlige, var endret muntlig. Partene i avtalen hadde på den tiden ikke rett til å vitne selv, og det et vanlig problem at saksøkeren fremskaffet falske vitneprov for å overbevise juryen om endringer uten at dommeren kunne etterprøve juryens avgjørelse.¹⁰ Ved å kreve at avtalene måtte være skriftlig og signert av partene, kunne domstolene enkelt avgjøre om bindene avtale var inngått eller ikke.

I utgangspunktet burde det ikke være nødvendig å innta NOA-klausuler i kontrakten for å beskytte mot svikaktige vitneprov. Å lyve i retten er imidlertid straffbart både etter norsk, engelsk og amerikansk rett, noe som burde gi beskyttelse nok. Til tross for dette ble nettopp hensynet til å beskytte mot svindel brukt som sentralt argument for å gi rettsvirkninger til NOA-klausuler da den amerikanske modelloven UCC ble utformet.¹¹

⁸ Corbin One Volume Edition s. 1066.

⁹ Den engelske loven gjelder i dag kun garantiavtaler. I USA gjelder loven seks typer avtaler. Se Farnsworth II s. 107, Furmston, Law of Contract s. 262 og Treitel 5-009.

¹⁰ Farnsworth II s. 102.

¹¹ Leadbetter s. 317. Se også UCC, offisiell kommentar § 2-209. UCC er nærmere omtalt i punkt 2.3.2.

Selv om beskyttelse mot svindel var årsaken til at NOA-klausulen ble tatt i bruk historisk sett, og at dette momentet var sentralt ved utformingen av UCC, er det ikke det som er den viktigste begrunelsen til at klausulen benyttes i dag. Den primære årsaken til at klausulen benyttes i dag, er å sikre forutberegnlighet og dermed også kostnadskontroll.

1.4.3 Uønskede virkninger av å håndheve NOA-klausuler

Til tross for klare fordeler ved å sørge for at alle endringer i avtalen blir foretatt skriftlig, og til tross for at partene inntar en NOA-klausul i kontrakten, hender det at overenskomster ikke blir nedtegnet skriftlig. Dette kan bero på at partene glemmer NOA-klausulen, eller at partene er inneforstått med at NOA-klausulen er en formalitet som ikke skal håndheves. Det kan også hende at en part utnytter at den annen part har glemt klausulen.

Så lenge partene ikke påberoper seg klausulen vil dette være uproblematisk, men dersom den ene parten går konkurs eller samarbeidsklimaet mellom partene blir dårlig av andre grunner, kan klausulen komme på spissen. I slike tilfeller vil klausulen kunne føre til resultater som partene ikke ønsket å oppnå (i konkurstilfellet) eller som er urimelig ovenfor den part som har stolt på endringsavtalen.

Svingninger i markedet som fører til at en kontrakt plutselig blir ugunstig kan gjøre det fristende å prøve alt for å komme ut av kontrakten. Har partene en NOA-klausul, kan den føre til at en ellers bindene muntlig endringsavtale ikke blir bindene. Partene er da forpliktet til å oppfylle i henhold til den skriftlige kontrakten. Dersom de allikevel har oppfylt i henhold til den muntlige endringen, vil det etter en streng tolkning av klausulen være kontraktsbrudd. I nedgangstider kan det være fristene å bruke dette som argument for å heve kontrakten.

Får NOA-klausulen virkning etter sitt innhold, vil klausulen altså kunne bidra til å fremme urettmessige formål like mye som den kan bidra til å forhindre det.¹² Disse mulighetene til

¹² Hillman s. 450-451.

å misbruke klausulen er særlig aktuell i engelsk rett, ettersom engelsk rett ikke har noe overordnet prinsipp om redelighet eller lojalitet. Etter norsk rett vil bruk av klausulen for å oppnå svikaktige formål lett komme i konflikt med prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.¹³

1.5 Kontraktsklausuler av lignende karakter

1.5.1 Innledning

NOA-klausulen er en av flere klausuler som har til formål å gjøre det skriftlige kontraktsdokumentet til det fulle og hele uttrykk for partenes mening. I det følgende skal jeg kort gjøre rede for en del andre kontraktsklausuler som reiser mange av de samme problemstillingene som NOA-klausulen, og som til dels også overlapper med den.

1.5.2 Prekontraktuelle skriftkrav og Subject to contract

Ved innledning av kontraktsforhandlinger signerer parter tidvis intensjonsavtaler hvor de blant annet kan avtale at ingen skal ansees bundet før kontraktsdokument er utferdiget og signert. Slike klausuler antas å ha virkning etter sitt innhold både i engelsk og norsk rett.¹⁴

Det sentrale skillet mellom prekontraktuelle skriftkrav og NOA-klausuler er tidsforløpet mellom det avtalte formkravet og avtaleprosedyren som klausulen retter seg mot.

Prekontraktuelle skriftkrav har virkning for en forhandling som skal påbegynnes eller allerede er påbegynt, og partene har av den grunn klausulen friskt i minne. NOA-klausuler regulerer en fremtidig hypotetisk avtalesituasjon.

Forskjellen mellom ”subject to contract” og prekontraktuelle skriftkrav er at sistnevnte som regel avtales ved innledningen av forhandlingene. Forbehold om ”subject to contract” avtales først etter at man har blitt enige om en del forhandlingspunkter. I anglo-amerikansk

¹³ Jf. nedenfor i kapittel 4.

¹⁴ Se for eksempel Woxholth, *Avtalerett* s. 150, UNIDROIT Principles art. 2.13 og Ussing s. 106.

rett medfører ”Subject to contract”-klausulen at partene ikke blir bundet før forhandlingspunktene er formalisert i en skriftlig kontrakt.¹⁵

1.5.3 Entire Agreement

”Entire Agreement”-klausuler kalles i norsk rett ofte for integrasjonsklausuler. Denne klausulen innebærer kort fortalt at det skal sees bort fra alt som ikke står i kontraktsdokumentet ved fastlegging av avtalens vilkår.¹⁶

EA-klausulen er nært beslektet med NOA-klausulen ved at begge to forsøker å gjøre kontrakten til et uttømmende uttrykk for partenes forpliktelser. Forskjellen mellom dem er at EA-klausulen retter seg mot det som har foregått mellom partene før kontraktsinngåelsen (prekontraktuelle forhold), mens NOA-klausulen retter seg mot etterfølgende endringer av kontrakten.

Ofte blir de to klausulene kombinert, og resultatet kalles da gjerne en ”zipper-clause”¹⁷ for å illustrere at partene trekker igjen glidelåsen rundt avtalen i et forsøk på å stenge bakgrunnsretten ute.

1.5.4 No waiver-klausuler

”No waiver”-klausuler er klausuler som enten forsøker å definere rettsvirkningene ved et avkall, eller hva som skal defineres som avkall. Med avkall mener jeg et løfte om å ikke påberope seg mislighold av en klausul i avtalen. Vanlige varianter av NW-klausulene er klausuler som avskjærer passivitet som grunnlag for avkall og klausuler som definerer formkrav for at avkall skal bli bindende. På rettsvirkningssiden forsøker klausulen å

¹⁵ ”Subject to contract”-klausuler i engelsk rett er behandlet av Christine Halvorsens avhandling: ”Erstatningsansvar for avbrutte kontraktsforhandlinger etter engelsk rett” som ligger på <http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=19197>.

¹⁶ Denne klausulen er omhandlet tidligere i prosjektet av Henrik Bjørnstad. Avhandlingen ligger på prosjektets hjemmeside: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essays.html, og blir publisert i Institutt for Privatrechts skriftserie i 2009 som ”Project publication no. 3”.

¹⁷ Farnsworth II s. 258.

begrense den fremtidige virkningen av et avkall, gjerne ved å presisere at det kan trekkes tilbake.¹⁸

Formålet med NW-klausulene er, i likhet med EA-klausulen og NOA-klausulen, å fremme forutberegnlighet i kontraktsforholdet. Det skal ikke være noen tvil om det foreligger et avkall eller ikke, og heller ikke om hva som er rettsvirkningene og rekkevidden av et avkall.

Primært retter NW-klausulen seg mot partenes atferd etter at mislighold er inntrådt. Imidlertid er det etter min mening også nærliggende å la NW-klausulen regulere forutgående avkall. Grensen mellom NW-klausuler og NOA-klausuler må her trekkes ved om disposisjonen er ment å være en permanent endring av avtalen eller et løfte om å ikke håndheve en klausul i en gitt situasjon.¹⁹

1.5.5 Forbud mot sideløpere

En fjerde tilgrensende, og til dels overlappende, kontraktsklausul er forbud mot sideløpere. Forbud mot sideløpere er kontraktsklausuler som sier at det ikke eksisterer noen muntlige avtaler ved siden av det som er skriftlig avtalt. Klausulen er vanlig i standard kontraktsformularer hvor det er tredjeparter som formidler avtale mellom partene. Klausulen er for eksempel vanlig i leasingkontrakter for å sikre leasingselskapet mot at forhandleren avtaler andre kontraktsvilkår med kjøperen enn det som fremgår av kontraktsformularet.²⁰

I likhet med NOA-klausuler, skal klausuler som forbyr sideløpere sikre at kontraktsdokumentet gir et korrekt uttrykk for avtalen mellom partene. En sentral forskjell er imidlertid at forbud mot sideløpere innebærer at representanter *ikke* kan endre avtalen.

¹⁸ "No waiver"-klausuler er behandlet tidligere i prosjektet av Fredrik Skribeland. Avhandlingen hans ligger på prosjektets hjemmeside, http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essays.html. Den blir publisert i Institutt for Privatrechts skriftserie i 2009 som "Project publication no 2".

¹⁹ Dette er drøftet i punkt 4.3.2.

²⁰ Se for eksempel Rt. 1992 s. 295 "Custos-saken" som er omtalt nedenfor i punkt 4.6.4.

NOA-klausuler forbyr ikke endringer av avtalen, men bestemmer kun *prosedyren for hvordan* endringer skal gjennomføres. Til tross for denne forskjellen kan man hevde at forbud mot sideløpere egentlig er en variant av NOA-klausulen, og avgjørelser som gjelder den ene klausulen vil være relevante også for den andre.

1.5.6 Endringsordre i entreprisekontrakter

Den siste klausultypen jeg skal omtale er klausuler som stiller krav til endringsordre i entreprisekontrakter.²¹ I likhet med NOA-klausuler regulerer disse klausulene hvordan endringer skal beordres og hvem som har fullmakt til å beordre endringer. Konsekvensen av at prosedyren for endringsordre ikke blir fulgt kan være at entreprenøren ikke har plikt til å utføre arbeidet eller at han ikke har krav på betaling dersom han utfører det.

Den sentrale forskjellen mellom reglene om endringsordre og NOA-klausuler er at endringsordre fastsetter en rutine for hvordan byggherren *ensidig* kan pålegge entreprenøren tilleggsarbeider og entringsarbeider. Årsaken til at endringsprosedyrene reguleres strengt er for det første å sikre byggherren kontroll med kostnadene. Det skal ikke være tvil om noe er en del av kontrakten eller om det er tilleggsarbeider som medfører ekstrakostnader.

Tilleggs- og endringsarbeider er en integrert og forutsatt del av ethvert entrepriseprosjekt og regnes følgelig ikke som endring eller tillegg til avtalen, men som utøvelse av den. Endringsordre kommer av den grunn ikke i konflikt med reglene om avtaleinngåelse, og rettsvirkningene av endringsordre aksepteres i hovedsak både i norsk og anglo-amerikansk rett.

²¹ Se for eksempel NS8405 punkt 20.3: "En endringsordre skal være skriftlig og gi beskjed om at det kreves en endring, samt hva endringen går ut på. Byggherren skal sørge for nødvendig prosjektering i samsvar med 19.1.

Endringen må være gitt av byggherren selv, hans representant jf. punkt 6, eller av en person med skriftlig fullmakt til å utstede endringsordre".

2 KLAUSULENS OPPRINNELIGE BAKGRUNNSRETT: COMMON LAW

2.1 Innledning

2.1.1 Om fremstillingen

”No Oral Amendments”-klausuler stammer opprinnelig fra common law rettssystemer som engelsk og amerikansk rett.²² For å kunne forstå NOA-klausulens funksjon i norsk rett er det nyttig å forstå klausulens funksjon og virkning under sin opprinnelige bakgrunnsrett. Temaet for dette kapittelet er derfor å gjøre rede for hvilke virkninger klausulen har i engelsk rett, og hvordan resultatet ville blitt uten klausulen.

For å gjøre dette skal jeg først gjøre rede for en del sider ved det engelske rettssystemet som har betydning for NOA-klausulen (punkt 2.2), og deretter skal jeg analysere virkningen av skriftkravet i klausulen (punkt 2.3). I punkt 2.4 ser jeg på den delen av NOA-klausulen som har sider til fullmaktsreglene. Avslutningsvis i kapittel 2 tar jeg stilling til hvorfor NOA-klausuler blir brukt i engelsk rett (punkt 2.5).

Common law er i stor grad domstolsskapt, og en selvstendig analyse krever omfattende gjennomgang av rettspraksis. Dette faller utenfor rammene av denne oppgaven. Min fremstilling av engelsk rett er derfor i stor grad basert på sentral juridisk teori²³ og innspill fra prosjektets deltakere og engelske rådgivere.²⁴

2.1.2 Common law

Før jeg går inn i de materielle sidene ved engelsk rett er det nødvendig med en kort introduksjon til ”common law”.

²² Jf. prosjektets formål. Se kapittel 1.1. Som nevnt i kapittel 1 er hovedfokus på denne oppgaven engelsk rett, men det blir i en del tilfeller vist til amerikansk rett der det har vært vanskelig å finne stoff i engelsk rett.

²³ I hovedsak Treitel og Chitty.

²⁴ Hovedsaklig professor Ed Peel ved Oxford University og advokat Jim Percival som kom med nyttige innspill på prosjektets konferanse om NOA-klausuler 16.-17. juni 2008.

Common law i motsetning til civil law

Historisk sett stammer begrepet "common law" fra da de forskjellige lokale regelsettene i England ble samlet til et felles regelsett. I dag brukes begrepet i flere forskjellige betydninger. Fra det norske synspunktet er det mest vanlig å bruke begrepet common law for å omtale den rettsfamilien som springer ut fra engelsk rett, som en motsetning til "civil law"-rettsfamilien. I denne betydningen omfatter common law rettssystemet i England, USA (med unntak av Louisiana) og de tidligere britiske koloniene.²⁵

Civil law betegner den annen side det rettssystemet som har sitt utspring fra romersk og germansk rett, og kalles også kontinental rett. Civil law omfatter i kontinentaleuropa, store deler av Asia (med unntak av de tidligere britiske kolonier, Mongolia og midt-østen), Afrika og Sør- og Mellom-Amerika. Det er dette skillet mellom rettstradisjonene civil law og common law som er bakgrunnen for prosjektet om anglo-amerikanske kontraktsmodeller.

Rettspraksis

"Common law"-begrepet brukes også for å omtale "case law", den domstolsskapte retten i de anglo-amerikanske rettssystemene. Denne betydningen av begrepet brukes innenfor det engelske rettssystemet for å skille common law fra lovfestet rett og fra det parallelle rettssystemet equity, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Rettspraksis er viktigere i common law enn i kontinental rett, og prejudikater tillegges mye sterkere vekt. Det er ikke bare avgjørelser fra den øverste domstolen som kan ha virkning som prejudikater, alle avgjørelser fra domstoler som er høyere opp i hierarkiet er bindene

²⁵ James' Introduction s. 23.

for lavere domstoler.²⁶ Også dommer fra samme nivå har sterk prejudikatsvirkning, og det er sjelden de blir fraveket.²⁷

2.1.3 Kort om equity

”Equity”-systemet er et rettssystem som har blitt utviklet parallelt med common law rettssystemet siden middelalderen. Det oppstod opprinnelig som en klageordning for de som følte seg urettferdig behandlet av domstolene. Disse klagene ble avgjort på grunnlag av rettferdighet og rimelighetsprinsipper.²⁸

Etter hvert festnet disse prinsippene seg til et eget regelsett som ble håndhevet av et separat domstolssystem, ”the Court of Chancery”. På 1800-tallet ble imidlertid de to domstolssystemene slått sammen og i dag administreres de to rettssystemene av de samme domstolene. Common law rettssystemet er fremdeles det primære rettssystemet, men det blir utfyllt av equity.²⁹

I og med at equity går ut på å løse saker på grunnlag av rettferdighet og rimelighet, og at det er de samme domstolene som håndhever begge rettssystemene, kan equity-systemet ved første øyekast se ut som et engelsk alternativ til ”good faith” eller som en engelsk variant av prinsippet om å finne frem til den rimeligste løsningen. Dette er imidlertid ikke riktig. Equity består nå i hovedsak av doktriner fastlagt i rettspraksis som praktiseres og utvikles stort sett like rigid som common law-regler, særlig innenfor kontraktsretten. I dag bruker domstolen stort sett aldri rimelighetsskjønn for å fravike partenes vilje – spesielt ikke om denne er klar.³⁰

²⁶ James’ Introduction s. 16.

²⁷ Inntil 1966 anså House of Lords seg bundet av sine egne avgjørelser, men for å forhindre at utdaterte regler skulle bli opprettholdt annonserte Lord Chancellor at House of Lords skulle ha rett til å fravike avgjørelsene sine dersom de anså dette som det riktige å gjøre.

²⁸ I dag baserer imidlertid domstolene sine avgjørelser på rettspraksis også når det gjelder anvendelsen av normer og doktriner utviklet i equity-systemet.

²⁹ James’ Introduction s. 28.

³⁰ Dalhuisen, s. 160.

Den viktigste forskjellen mellom common law og equity er at en part formelt sett aldri vil ha et ubetinget krav på "equitable relief". Dommeren har med andre ord ikke plikt til å anvende equity-doktriner. Equity er en siste utvei for å justere kontrakten, og det er opptil domstolens frie skjønn å avgjøre hvorvidt dette skal innvilges. Et annet viktig poeng er at equity-doktrinene ikke kan være "cause of action" (søksmålsgrunn), men at de kun kan påberopes som forsvarsmiddel.

2.2 Engelsk avtalerett

2.2.1 Kontraktstolkning

Etter engelsk rett skal kontrakter alltid tolkes etter sin ordlyd. Dette er særlig aktuelt for nedtegnede avtaler, og det er de disse som er tema for denne fremstillingen. Kort fortalt skal en engelsk dommer tolke kontraktens ordlyd, og når kontraktens ord "in their plain, ordinary sense" blir anvendt på faktum, er resultatet gitt.³¹ Dommeren skal ikke ta hensyn til om resultatet blir urimelig eller om andre tolkningsmomenter taler for en annen anvendelse av kontrakten.

Dette innebærer blant annet at det som fremkommer under kontraktsforhandlingene ikke er relevant for tolkning av kontrakten. En engelsk dommer kan heller ikke ta hensyn til etterfølgende opptreden for å tolke meningen med en klausul.³²

Prinsippet om at løsningen skal finnes innenfor kontraktens fire hjørner gjelder for tolkning av kontrakten. I engelsk rett skilles det mellom tolkning av avtalen ("determination of terms") og utfylling av avtalen med "implied terms". Dersom kontrakten er uklar eller mangelfull kan dommeren utfylle kontrakten med underforståtte vilkår.

Vilkårene som dommeren kan utfylle kontrakten med kategoriseres normalt i tre kategorier.³³ Først og fremst kan dommeren utfylle med vilkår som partene åpenbart må ha

³¹ Falkanger s. 543.

³² Treitel 6-022.

ment at skulle være med, men som ikke er eksplisitt nevnt i kontrakten.³⁴ For det andre kan dommeren utfylle kontrakten med vilkår som følger av loven og for det tredje kan dommeren utfylle med vilkår som følge av sedvane. Utover dette kan dommeren ikke utfylle kontrakten.

Den snevre adgangen til utfylling og det strenge kravet til ordlydsfortolkning fører til at handlingsrommet er for dommeren er lite sammenlignet med norsk rett. Dommeren kan for eksempel ikke bortfortolke urimelige resultater ved å si at partene ikke hadde tenkt på dette tilfellet da de skrev kontrakten.

2.2.2 Parol evidence

Hovedregelen

Et utslag av at engelske dommere kun skal finne frem til ordenes naturlige betydning, er den såkalte ”parol evidence”-regelen. Denne regelen går i korte trekk ut på at visse former for bevis som legger til noe, motsier eller endrer et skriftlig instrument skal avskjæres.³⁵ Eksempler på bevis som kan avskjæres etter denne regelen er vitneutsagn, kontraktsutkast, korrespondanse mellom partene og lignende. Slike bevis anses for å være irrelevante.

Der det skriftlige instrumentet er en kontrakt, innebærer denne regelen at utenforliggende bevis ikke kan brukes for å underbygge en påstand om at det eksisterer vilkår som ikke fremgår av kontrakten. Det er ikke bare muntlige bevis som avskjæres, men også avtaleutkast, foreløpige avtaler og intensjonsavtaler. Dette blir i det følgende omtalt som ”extrinsic evidence”, i samsvar med engelsk terminologi.

³³ Treitel, 6-028.

³⁴ Dette praktiseres mye strengere enn en norsk jurist kan forvente. I en sak ble det uttalt at den som ønsket å utfylle kontrakten måtte vise at ”that the implication was necessary, that the contract would have made no sense without it, and that the term was omitted because it was so obvious that there was no need to make it explicit”. *Stubbs v Trower Still and King* [1987] I.R.L.R. 321 på side 324, jf. Treitel 6-031.

³⁵ Treitel 6-012.

Formålet med regelen er å fremme forutberegnelighet samt opprettholde verdien av kontrakten som avgjørende skriftlig uttrykk for partenes avtale.³⁶ Det hevdes blant annet at dette fører til lavere kostnader ved søksmål, og at det blir lettere for partene å fastlegge sin rettsstilling. Dette er de samme argumentene som ofte benyttes til å begrunne NOA-klausuler.

For at parol evidence-regelen skal komme til anvendelse må det fremgå av kontraktsdokumentet at den skal utgjøre et uttømmende uttrykk for avtalen mellom partene.³⁷ Det er ikke nødvendig å skrive dette eksplisitt, men for å være sikker på at parol evidence-regelen kommer til anvendelse setter partene ofte inn en integrasjonsklausul³⁸.

Unntak: Collateral Agreement

Det er mange unntak fra parol evidence-regelen. En gjennomgang av alle unntakene ligger utenfor rammene for denne avhandlingen. Et unntak har imidlertid betydning for forståelsen av NOA-klausulen: Parol evidence-regelen kan ikke forhindre at extrinsic evidence føres for å bevise en selvstendig sideavtale ("collateral agreement").³⁹

En sentral dom som viser rekkevidden av dette unntaket er *City & Westminster Properties (1934) Ltd v Mudd*.⁴⁰ I denne saken hadde en leietaker signert på en avtale om leie av forretningslokaler for boligformål. I avtalen var det et vilkår at lokalet kun ble brukt til forretningsvirksomhet, men utleier hadde muntlig gitt leietaker forsikring om at den klausulen ikke skulle håndheves. Utleier hevdet at bevisføring om dette vilkåret var irrelevant i samsvar parol evidence-regelen, men dette førte ikke frem. Domstolen kom til at den muntlige forsikringen var en selvstendig avtale ved siden av den skriftlige kontrakten, og bevis for denne uavhengige avtalen måtte naturligvis kunne føres.

³⁶ Chitty, 12-096.

³⁷ Chitty, 12-098.

³⁸ Se punkt 1.5.3. Integrasjonsklausulen fører også til at en del av unntakene fra parol evidence-regelen ikke kommer til anvendelse.

³⁹ Chitty 12-103.

⁴⁰ [1959] Ch. 129.

Denne dommen undergraver tilsynelatende hele parol evidence-regelen, ved at bevis for at det som har skjedd muntlig mellom partene kan motstride kontrakten. Men for at noe skal være en collateral agreement, må sideavtalen være støttet av egen separat "consideration", og partene må ha hatt intensjon om at sideavtalen skal være rettslig bindende. Dette begrenser rekkevidden av unntaket. I *City & Westminster Properties (1943) Ltd v Mudd* var det leietakerens signering av hovedavtalen som var consideration for sideavtalen.⁴¹

Dette unntaket for collateral agreement kan imidlertid i likhet med andre unntak fra parol evidence-regelen avskjæres ved å ta inn en EA-klausul⁴² i kontrakten. I saken *Inntrepreneur Pub Co v East Crown Ltd* ble bevis for en sideavtale avskåret med den begrunnelse at meningen med EA-klausulen var å avskjære bevis for denne typen påståtte sideavtaler.⁴³

På dette punktet skiller engelsk rett seg fra amerikansk rett. Etter engelsk rett kan bevis for enhver sideavtale avskjæres dersom partene har tatt inn en EA-klausul i avtalen, mens i amerikansk rett er det bare bevis for sideavtaler som motsier hovedavtalen som kan avskjæres. Som Farnsworth uttaler det: "*The fact that an agreement is completely integrated does not, of course, affect an attempt to show an entirely separate and distinct agreement between the parties.*"⁴⁴

Forskjellen mellom engelsk og amerikansk rett åpner for at også NOA-klausuler blir behandlet forskjellig. Engelske domstoler åpner, i større grad enn amerikansk rett, for at bevisføring om en selvstendig avtale kan avskjæres på grunn av en klausul i en annen avtale. Et av usikkerhetsmomentene knyttet til NOA-klausuler i engelsk rett har derfor vært om NOA-klausulen på samme måte kan avskjære bevisførsel vedrørende muntlige endringsavtaler.

⁴¹ Treitel 6-026.

⁴² Se punkt 1.5.3 om EA-klausulen.

⁴³ "*The purpose of an entire agreement clause is to preclude a party to a written agreement from threshing through the undergrowth and finding in the course of negotiations some (chance) remark or statement (often long forgotten or difficult to recall or explain) on which to found a claim such as the present to the existence of a collateral warranty*". *Inntrepreneur Pub Co v East Crown Ltd* [2000] 2 Lloyd's Rep. 611 på s. 614.

⁴⁴ Farnsworth II s. 235.

2.2.3 Kort om consideration

I engelsk rett har avtalemekanismen et ytterligere ledd i tillegg til krav om tilbud og aksept. For at et løfte skal være bindene i engelsk rett må det i tillegg være støttet av ”consideration”.⁴⁵ Norsk rett har ikke noe som tilsvarer consideration, så det er vanskelig å gi en presis direkte oversettelse av begrepet. Et ord som til en viss grad forklarer innholdet i doktrinen er ”motytelse”. For at et løfte skal være bindene, må den andre parten yte en motytelse. Dette innebærer blant annet at gaveløfter ikke er bindene.

Begrepet ”motytelse” kan gi assosiasjoner til det norske prinsippet om ytelse mot ytelse, men consideration må ikke forveksles med dette prinsippet. Prinsippet om ytelse mot ytelse gjelder tidspunktet for når en avtale skal oppfylles. Consideration er på sin side et vilkår som må være oppfylt for at et løfte skal være bindene.

En viktig funksjon ved doktrinen om consideration er å styrke notoriteten til en avtale og beskytte mot falske påstander om at avtale er inngått.

En annen årsak til at engelsk rett krever consideration for at løfter skal kunne håndheves av domstolene, er at en som har blitt lovet en gave har en mindre aktverdig grunn til å kunne gå til domstolene enn en som er part i en gjensidig bebyrdende avtale. Et krav om consideration gir et forutsigbart skille mellom gaveløfter og avtaler.

Denne doktrinen er ganske komplisert, og det er ikke relevant for avhandlingen å gi en grundig analyse av den. En kort innføring er allikevel nyttig. For det første er hensynet til notoritet og beskyttelse mot falske anklager også sentrale hensyn bak NOA-klausulen. For det andre fordi NOA-klausulen noen ganger blir anerkjent som et substitutt for doktrinen om consideration.⁴⁶

Et eksempel på consideration er at løftemottaker må betale eller yte noe for at løftegiverens løfte om å levere en vare eller tjeneste skal være bindene. Consideration kan også bestå i gjensidige løfter, altså at løftemottaker lover å betale som consideration for at løftegiver lover å levere.⁴⁷

⁴⁵ Treitel, 3-001.

⁴⁶ Se for eksempel drøftelsen av NOA-klausuler i kontrakter regulert av UCC nedenfor.

⁴⁷ Treitel 3-008.

Consideration må være noe av økonomisk verdi⁴⁸, men det er ikke noe krav til at consideration må være adekvat i forhold til størrelsen på verdien av løftet⁴⁹. Betaling av £ 1 er altså gyldig consideration for et løfte om å levere for eksempel en bil. Videre må consideration bestå i enten ”benefit” (fordel) for løftegiveren, eller ”detriment” (ulempe) for løftemottageren. I en vanlig handel er dette uproblematisk. For selgeren er det en fordel å få betaling og en ulempe å gi fra seg gjenstanden mens det for kjøperen er det motsatt. Consideration ytes for *løftet*, ikke for *avtalen*, så det er derfor ikke interessant om det er en god eller dårlig handel.

Consideration må også ytes ved endring av en avtale. Siden endringen som regel genererer sin egen consideration⁵⁰ er dette vanligvis ikke noe problem. En endring som ene og alene er en fordel for den ene parten vil imidlertid ikke tilfredsstille kravet. Et løfte om å akseptere mindre betaling enn opprinnelig avtalt er for eksempel kun til fordel for kreditor, og et slikt løfte må derfor støttes av ny consideration for å være bindende.⁵¹

Løfter om å betale mer er derimot automatisk støttet av consideration dersom dette innebærer en praktisk fordel for kreditor. Dersom debitor for eksempel er truet av konkurs eller leveringsproblemer, og kreditor aksepterer å betale mer for å få varen til avtalt tidspunkt, så innebærer dette en praktisk fordel for ham.⁵² Engelske domstoler mener videre at et løfte om å akseptere mindre aldri kan utgjøre en praktisk fordel for debitor.

Doktrinen om consideration er de siste årene blitt utsatt for en del kritikk fra teoretikere og praktikere. I den amerikanske kjøpsloven, Uniform Commercial Code⁵³, har lovkonsipistene fraveket kravet til consideration, og det diskuteres om man også skal fjerne consideration fra common law generelt både i England og USA. De som fremdeles støtter considerations-doktrinen mener på sin side at avtalemekanismen vil være mer sårbar for utpressing og svindel dersom dette kravet fravikes.

⁴⁸ Treitel 3-027.

⁴⁹ Treitel 3-013.

⁵⁰ Treitel 3-063.

⁵¹ *Re Selectmove Ltd* [1995] 1 WLR 474, jf. Poole s. 157.

⁵² *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1991] 1 QB 1, jf. Poole s. 150.

⁵³ Se mer om UCC i punkt 2.3.2 nedenfor.

I denne sammenhengen blir NOA-klausuler dratt frem som alternativ beskyttelse mot svindel. Consideration sikrer notoritet ved at det må skje en ytelse begge veier, mens NOA-klausulen på sin side sikrer notoritet ved skriftlighet.

2.2.4 Contractual intention

I engelsk rett skilles det mellom "agreement" (avtale) og "contract" (kontrakt). Forskjellen er at en avtale kan ikke håndheves av domstolene. Et typisk eksempel er en avtale om å gå på kino. En kontrakt er på den annen side rettslig forpliktene, og kan håndheves av domstolene. For at en avtale skal bli en kontrakt må partene ha ment at den skal være det. Partene må ha hatt "contractual intention" – rettslig intensjon.⁵⁴

Dette er vanligvis helt uproblematisk. En kommersiell avtale er i utgangspunktet alltid ment å være rettslig bindene og en avtale mellom to venner om å gå på kino er som regel ikke ment å være rettslig bindene.

Hvorvidt partene har hatt rettslig intensjon beror på en objektiv helhetsvurdering, med mindre begge parter er kjent med den andres subjektive oppfatning.⁵⁵

For avtaler som normalt sett er kontrakter, for eksempel i kommersiell sammenheng, kan partene implisitt eller eksplisitt gi uttrykk for at de ikke har rettslig intensjon. Et eksempel på dette er avtaler der partene setter inn en såkalt "Honour clause" der de gir uttrykk for at denne avtalen ikke skal være rettslig bindene. En avtale med en slik klausul kan ikke håndheves av domstolene.⁵⁶ Forbehold om "subject to contract"⁵⁷ eller lignende i intensjonsavtaler blir også ansett som en måte å gi uttrykk for at man ikke har rettslig intensjon før skriftlig kontrakt er undertegnet.

⁵⁴ Treitel, 4-001 flg.

⁵⁵ Treitel 4-022.

⁵⁶ *Rise & Frank Co v J R Crompton & Bros Ltd* [1925] A.C. 445, Treitel 4-005.

⁵⁷ Se punkt 1.5.2.

2.2.5 Formfrihet

Utgangspunktet formfrihet

Engelsk avtalerett bygger på et grunnleggende prinsipp om formfrihet.⁵⁸ Dersom vilkårene for rettslig bindende kontrakt er oppfylt (tilbud, aksept, consideration og rettslig intensjon), spiller det i teorien ingen rolle om avtalen er muntlig eller skriftlig.⁵⁹

Lovfestet skriftkrav – Statute of Frauds

Til tross for at hovedprinsippet er formfrihet, er det for noen avtaler et lovfestet krav at kontrakten skal være nedfelt eller bekreftet skriftlig. Begrunnelsen for å kreve at noen avtaler skal være skriftlige er ofte sammenfallende med begrunnelsen for at partene inntar en NOA-klausul i avtalen sin, nemlig at skriftlighet sikrer notoritet og forutberegnlighet.

De viktigste avtaletypene som i følge lov må være skriftlige, er forbrukerkredittavtaler og avtaler som gjelder salg eller disposisjon over fast eiendom.⁶⁰ Kausjonsavtaler er en annen viktig kategori, men disse avtalene holder det at er bekreftet skriftlig.⁶¹ Dette er områder der det enten er særlig viktig med absolutte bevis for kontrakten (som ved salg av fast eiendom), eller der ønsket om å beskytte den svake part er spesielt fremtredende (som ved forbrukerkredittavtaler).⁶²

⁵⁸ Det kan diskuteres i engelsk rett hvorvidt kravet til consideration egentlig er et formkrav. Det at man gir et pepperkorn som consideration for at et gaveløfte skal være bindende kan være vel så mye et formkrav som at krav om skriftlighet. Andre hevder at formkrav ikke har noe med avtalens innhold å gjøre, mens consideration er en del av avtalen (en motytelse), og at consideration derfor ikke er et formkrav. I denne oppgaven legges sistnevnte tolkning til grunn. Treitel 5-001.

⁵⁹ Treitel 5-003.

⁶⁰ Treitel 5-007 til 5-008.

⁶¹ Statute of Frauds. Opprinnelig var det 6 typer kontrakter som måtte bekreftes skriftlig etter Statute of Frauds, men i dag er størsteparten av loven opphevet, og kausjonsavtaler er den eneste typen kontrakter som fremdeles omfattes. Treitel 5-009.

⁶² Poole s. 176-177. En del lovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse kommer inn gjennom EU-retten som England er forpliktet til å gjennomføre.

Selv om disse avtalene må være skriftlige for å være bindene, gjelder det ikke noe tilsvarende skriftkrav for å oppheve avtalen. Det er tilstrekkelig at partene er enige om at avtalen skal opphøre.⁶³ På den annen side kreves det at avtaleendringer følger de samme formkravene som gjelder for nye avtaler.⁶⁴ Dette følger av at en avtaleendring er en avtale, og avtaleinngåelsen må da skje i overensstemmelse med loven.

Der partene har forsøkt å muntlig endre en kontrakt som etter loven skal være skriftlig, har dette i noen tilfeller ført til at partene ender opp uten avtale i det hele tatt. Dette skjer ved at den muntlige endringen blir tolket som en muntlig oppsigelse av den opprinnelige avtalen etterfulgt av et forsøk på å inngå ny muntlig avtale. Oppsigelse kan skje muntlig og blir bindene, men den nye avtalen blir ikke det på grunn av skriftkravet.

Avtalte formkrav i intensjonsavtaler

I større kontraktsforhandlinger er det vanlig å avtale at kontrakt ikke har kommet i stand før den er formalisert.⁶⁵ Slike klausuler blir tolket som et uttrykk for at partene ikke har intensjon om å binde seg før skriftlig kontrakt er signert. Forbeholdet gjør formkravet til en indirekte gyldighetsbestemmelse ved at den bestemmer at partene ikke har hatt rettslig intensjon⁶⁶ om å binde seg før skriftlig kontrakt er signert.

I saken *Terracom Development Group Inc. v Coleman Cable & Wire Co.*⁶⁷ hadde partene inntatt følgende bestemmelse i en intensjonsavtale: ”*This letter of intention is expressly conditioned upon our entering into a mutually satisfactory definitive written agreement in the form satisfactory to our counsel.*”. Domstolen kom til at ordlyden i intensjonsavtalen entydig gjorde det klart at partene ikke hadde intensjon om å være rettslig bundet før slik avtale var inngått.⁶⁸

⁶³ Treitel 5-026.

⁶⁴ Chitty 4-056.

⁶⁵ Eksempel: ”*Formal contract contemplated*”, jf. Furmston, Contract Formation s. 179.

⁶⁶ Jf. ovenfor.

⁶⁷ 365 NE 2d 1028.

⁶⁸ Furmston, Contract Formation s. 184.

Dersom man først ved avslutningen av kontraktsforhandlingene også tar inn en bestemmelse om at avtalen skal nedtegnes skriftlig, er imidlertid hovedregelen at bindene kontrakt allerede er inngått. Dette gjelder såfremt omstendighetene for øvrig ikke viser at kontraktsforhandlingene kun var ment å være forberedende. For amerikansk rett er dette nedfelt i § 27 av Restatement 2nd of Contracts.

En sentral forskjell mellom formkrav fastsatt i intensjonsavtaler og formkrav fastsatt i NOA-klausuler er at intensjonsavtaler gir et reelt uttrykk for partenes intensjoner i den pågående kontraktsforhandlingen. NOA-klausuler regulerer eventuelle fremtidige endringer som enda ikke er påtenkt, og kan derfor ikke gi et reelt uttrykk for partenes intensjoner på tidspunktet for endringen.

2.2.6 Forbearance

Hvis en part lover å avstå fra en rettighet han har etter kontrakten, sies det i engelsk rett at han har gitt avkall på - ”waived” - den rettigheten.⁶⁹ Forutgående løfte om å frafalle en rettighet er en type waiver som kalles ”forbearance”.

Det å love å avstå fra en rettighet etter kontrakten er etter sin art en type kontraktsendring. Etter engelsk rett er ikke en kontraktsendring bindene med mindre den er støttet av consideration.⁷⁰ Imidlertid kan et avkallsløfte få visse rettslige konsekvenser selv om det ikke er støttet av consideration. Det samme gjelder avkallsløfter som ikke er bindene på grunn av manglende rettslig intensjon,⁷¹ eller fordi de ikke oppfyller lovbestemte formkrav.⁷² Slike avkallsløfter som ikke er bindene etter reglene om avtaleinngåelse, men som allikevel har en del rettslige virkninger, kalles forbearance.

⁶⁹ Treitel 3-066.

⁷⁰ Se punkt 2.2.3.

⁷¹ Se punkt 2.2.4.

⁷² Se punkt 2.2.5.

Et eksempel på virkningen av forbearance er at en kjøper som ber om levering på en senere dato enn opprinnelig avtalt, ikke kan kreve erstatning om selger leverer på dette tidspunktet. Dette gjelder selv om avtalen om endring av leveringsdato ikke tilfredsstillende kravene til bindene endringsavtale. Det samme gjelder om selger leverer forsinket og kjøper aksepterer varen uten å klage. Han kan da ikke senere kreve erstatning.

En viktig forskjell mellom forbearance og bindene kontraktsendringer er for det første at forbearance aldri kan skape nye rettigheter, den kan bare ettergi eksisterende retter.⁷³ En annen viktig forskjell er at forbearance vanligvis kan trekkes tilbake med rimelig varsel.⁷⁴ Dersom kjøperen aksepterer at selger leverer forsinket, men deretter sier at han vil kreve erstatning hvis selger ikke leverer innen rimelig tid, er selger forpliktet til å levere innen det tidsrommet kjøper krever.⁷⁵

Det samme kan være tilfellet hvis kjøper i en langvarig leveranseavtale i en periode aksepterer varer av en annen kvalitet enn opprinnelig avtalt. Gir han selger en rimelig frist til å innrette seg, kan han kreve at fremtidige leveranser skal være i henhold til det som er avtalt.

I noen tilfeller kan imidlertid ikke forbearance trekkes tilbake. Dette er for eksempel tilfellet hvis kjøperen forsikrer at han vil akseptere varer av en annen kvalitet enn opprinnelig avtalt, og selger – i tillit til den forsikringen – innretter seg slik at han ikke lenger har mulighet til å levere varer av opprinnelig avtalt kvalitet.

Noen ganger kan det være vanskelig å vite om en endring er forbearance eller en permanent kontraktsendring. Det avgjørende for dette spørsmålet er i utgangspunktet hva partene har

⁷³ Wilken & Villiers s. 112-113.

⁷⁴ Chitty, 3-082.

⁷⁵ *Charles Rickards Ltd v Oppenheim* [1950] 1. K.B. 616. I denne saken hadde kjøperen av en bil fortsatt å presse på for levering til tross for at leveringsdatoen var passert. Men etter to måneder krevde kjøper å få levert bilen innen en måned. Domstolen kom til at han kunne nekte å ta imot bilen etter utløpet av den fastsatte fristen, men at han ikke kunne ha nektet levering før dette tidspunktet, i og med at han hadde fortsatt å presse på for levering. Treitel 3-073.

ment at det skal være.⁷⁶ Imidlertid kan det være uheldig at en kontraktsendring som partene har ment at skal være bindene, men som ikke er det på grunn av mangel på consideration, ikke skal få noen rettsvirkninger. Domstolene tolker derfor noen ganger mislykkede forsøk på endringer som forbearance slik at endringen i det minste skal få noen rettslige virkninger.

Det er to svakheter ved common law reglene om forbearance. For det første er det vanskelig å skille mellom kontraktsendring og forbearance. For det andre fører reglene til det paradoksale resultatet at jo mer en part forsøker å binde seg ved en etterfølgende avtale, jo mindre sannsynlig er det at han blir bundet. For eksempel er et forsøk på å permanent frafalle en rettighet ineffektivt uten at det er ytt consideration, mens et forsøk på å kun suspendere en rettighet vil være effektivt uten at disse kravene er tilfredsstilt.⁷⁷

Dette problemet kan delvis avhjelpes ved å følge formkravene som en NOA-klausul oppstiller. Klausulen kan skape en presumpsjon for at endringer som gjøres muntlig skal være forbearance, mens skriftlige endringer skal være bindene. Skriftlighet vil også gjøre det enklere for partene å kontrollere at kravet til consideration oppfylles.

Problemstillingen kan også være motsatt. Det kan være at noe som er ment å bare være forbearance tilfredsstiller kravene til consideration. I et slikt tilfelle kan en NOA-klausul gi beskyttelse mot at noe som kun er ment å være forbearance feilaktig blir oppfattet som en avtaleendring.⁷⁸

⁷⁶ Chitty 3-084.

⁷⁷ Treitel 3-077.

⁷⁸ Denne argumentet ble påberopt i hovedforhandlingen i "World Online Telecom"-saken, men det førte ikke frem. Det ble ført bevis for at partene faktisk hadde avtalt å endre avtalen og at den ene parten i etterkant svikaktig forsøkte å fremstille endringen som midlertidig "forbearance". Saken ble imidlertid løst på et annet grunnlag. *I Way Ltd. v World Online Telecom Ltd.* [2004] EWHC 244.

2.2.7 Promissory estoppel og Acquiescence

”Promissory estoppel” og ”acquiescence” er to doktriner fra equity som begge to kan relateres til NOA-klausulen og som derfor fortjener kort omtale.

Promissory estoppel

Promissory estoppel er en equity-doktrine som minner om forbearance. Kort fortalt fører doktrinen til at en part ikke kan gå tilbake på et løfte (”a clear and unequivocal promise”) dersom den andre parten har innrettet (”relied”) seg etter det, og det ville være urettferdig (”inequitable”) av ham å gå tilbake på løftet. Dette gjelder selv om løftet i utgangspunktet var uforbindende. Doktrinen kan derfor påberopes ovenfor en part som hevder at NOA-klausulen avskjærer løftet.⁷⁹

Promissory estoppel kan kun brukes som et forsvarsmiddel, og kan aldri danne grunnlag for et søksmål.⁸⁰ Videre kan doktrinen aldri skape nye rettigheter eller utvide eksisterende retter. Den kan kun frigjøre en part fra eksisterende plikter.

Acquiescence

Acquiescence kan i korthet defineres som ”express or implied consent”⁸¹. Acquiescence gjelder i en situasjon der den personen som har en rettighet og som ser at en annen person er i ferd med å krenke denne rettigheten, oppfører seg på en slik måte at han oppfordrer den andre til å gjennomføre handlingen eller på annen måte viser at han aksepterer den.⁸²

Acquiescence fører i denne situasjonen til at vedkommende ikke kan gjøre gjeldene misligholdsbeføyelser ovenfor den andre parten. Dersom NOA-klausulen fører til at en avtaleendring ikke blir bindende, kan det tenkes at acquiescence fører til at den andre part likevel ikke kan gjøre mislighold gjeldene ovenfor den som tror at endringen er bindende og som handler i samsvar med endringen.

⁷⁹ Jf. Nedenfor i punkt 2.3.2.

⁸⁰ *Combe v Combe* [1951] 2 K.B. 215, s 224.

⁸¹ Oxford Law Dictionary.

⁸² Chitty, 28-136.

2.3 NOA-klausuler i common law

2.3.1 Innledning

I engelsk rett er det lite materiale knyttet til virkningene av NOA-klausuler. I amerikansk rett er det på den annen side en omfattende litteratur og rettspraksis. Temaet for denne oppgaven er som nevnt innledningsvis primært forholdet mellom engelsk og norsk rett. På grunn av manglende litteratur og rettspraksis i engelsk rett kommer jeg likevel til å trekke en del linjer til amerikansk rett i drøftelsen.

Det forutsettes i det følgende at den aktuelle endringen av kontrakten i seg selv tilfredsstiller alle kravene til en avtale. Med andre ord må det være tilbud, aksept, consideration og rettslig intensjon. Om disse vilkårene ikke er oppfylt, vil en endring av avtalen uansett ikke være bindene, uavhengig av NOA-klausulen.

2.3.2 Rettsvirkningene av brudd på kontraktsfestede skriftkrav

Innledning

Rettsvirkningene av NOA-klausulene i engelsk rett er omdiskuterte. På den ene siden skal avtaler holdes, men på den annen side vil partene alltid være fri til å inngå nye, formløse avtaler som strider med eldre avtaler. Spørsmålet med NOA-klausulen blir om partene med bindene virkning kan begrense sin egen fremtidige avtalekompetanse.

I amerikansk rett er det som nevnt ovenfor omfattende rettspraksis og teori omkring spørsmålet. Konklusjonen er nokså entydig at NOA-klausulen er virkningsløs.⁸³ Formløse avtaler kan endre skriftlige kontrakter til tross for klausulen. Begrunnelsen er at “*the most ironclad written contract can always be cut into by the acetylene torch of parol modification ... The hand that pens a writing may not gag the mouth of the assenting*

⁸³ Se f.eks. Farnsworth II s. 260, Corbin One Volume Edition s. 1066 og Snyder s. 639.

parties".⁸⁴ Tankegangen bygger på et "avtale posterior"-prinsipp. På samme måte som en lov ikke kan forhindre lovgiveren fra å lage en ny lov som opphever eller endrer den første loven, kan heller ikke partene lage en avtale som begrenser deres egen evne til å inngå fremtidige avtaler. Noen domstoler i USA krever imidlertid at partene må ha "relied" (innrettet seg) på endringen for at de skal anse den bindene på tross av en NOA-klausul,⁸⁵ men hovedregelen er at det ikke er krav om reliance.

I engelsk rett er løsningen tilsynelatende ikke like sikker. Mens denne problemstillingen har vært temaet for et stort antall amerikanske rettssaker siden slutten av det 1800-tallet⁸⁶, er det kun en enkelt engelsk sak som drøfter virkningen NOA-klausuler.⁸⁷

World Online Telecom-saken

Den sentrale engelske saken som tar opp problemstillingen er *World Online Telecom v. I-Way Ltd*⁸⁸. Denne saken gjaldt fordelingsnøkkelen for trafikkinntekter mellom et teleselskap, World Online Telecom (heretter World Online eller WOT) og en internettleverandør (også kalt ISP), I-Way. Partene hadde avtalt at I-Way skulle tilby gratis internett til WOTs kunder mot at I-Way fikk 20 % av trafikkinntektene fra World Online. Tilbudet viste seg imidlertid å bli mer populært enn partene hadde anslått og bruken fordelte seg på en annen måte enn forutsett. Dette førte til at I-Way ble nødt til å foreta større og dyrere investeringer enn planlagt.

⁸⁴ *Wagner v. Graziano Construction Company* 136 A.2d 82 (Pa. 1957).

⁸⁵ Corbin 13 s. 421: "Despite this generally accepted principle at common law that a subsequent oral modification is enforceable notwithstanding a provision prohibiting such modifications, some courts require reliance on the oral modification before enforcing the agreement". Farnsworth II s. 260: "The cases that have proclaimed the effectiveness of no-oral-modification clauses more broadly than this, without regard to reliance, fall short of holding that absent reliance an oral modification is enforceable in the face of such a clause, and are contradicted by sound authority".

⁸⁶ Se for eksempel *Bartlett v. Stanchfield* 19 N.E. 549 (1889).

⁸⁷ *World Online Telecom Ltd v I-Way Ltd*. [2002] EWAC Civ 413.

⁸⁸ [2002] EWAC Civ 413.

For I-Way ble det nødvendig med en større andel av trafikkinntektene for at de skulle kunne opprettholde tilbudet. I et møte mellom partene ble de enige om at I-Way skulle få 30 % av inntektene istedenfor 20 % som opprinnelig avtalt.

Senere gikk World Online tilbake til å utbetale 20 % av trafikkinntektene til I-Way under henvisning til den opprinnelige avtalen. De hevdet at avtaleendringen ikke var bindene, men kun var forbearance.⁸⁹ I-Way saksøkte derfor World Online med påstand om at de hadde krav på 30% av trafikkinntektene.

Saken var en såkalt summarisk rettssak, og spørsmålet domstolen skulle ta stilling til var om saken skulle avvises. Den opprinnelige kontrakten mellom partene hadde en NOA-klausul som lød: ”... *no addition, amendment or modification of this Agreement shall be effective unless it is in writing and signed on behalf of both parties*”. På denne bakgrunn hevdet World Online at bevisførsel vedrørende endringen var unødvendig etter en analogi fra regelen om ”parol evidence”⁹⁰ og at saken derfor måtte avvises.

Domstolen kom til at saken ikke kunne avvises på dette grunnlaget, og begrunnet det delvis på samme måten som amerikanske domstoler. Avtaleendringen kunne også bli sett på som en selvstendig avtale om å gi rabatt på 10%, uavhengig av den tidligere avtalen.⁹¹ Videre åpnet dommeren for at World Online kunne være forhindret fra å påberope seg klausulen på grunn av estoppel.⁹²

I denne saken ville nok ikke estoppel ha ført frem, da man ikke kan bruke estoppel som søksmålsgrunn, noe som også blir fremhevet i avgjørelsen, men den viser at estoppel likevel kan forhindre en NOA-klausul fra å være effektiv.⁹³

⁸⁹ Se punkt 2.2.6.

⁹⁰ Se punkt 2.2.2 om parol evidence.

⁹¹ “*That agreement can either be treated as an oral agreement varying the original agreement, or as a free-standing contract, and I know nothing in case law that prevents such an event having effect.*” avsnitt 7 i dommen.

⁹² Avsnitt 13 i dommen.

⁹³ Estoppel er omtalt i punkt 2.2.7.

Dommeren avviste også at det var mulig å dra en analogi fra lovfestede skriftkrav i blant annet Statute of Frauds. Dette ble begrunnet i at en lov kan begrense partenes handlefrihet, men partene selv kan ikke gjøre dette. De regler som partene har laget selv, kan de også selv oppheve.

Konklusjonen var at det var mange problemstillinger som måtte avgjøres etter en bevisvurdering, og at saken derfor kunne fremmes for domstolene. Selv om spørsmålet ikke ble endelig avgjort, og at saken kun var summarisk, har denne dommen i praksis blitt tolket som en avvisning av at NOA-klausuler kan avskjære muntlige bevisendringer.⁹⁴ Den viser også at det er flere ulike grunnlag som kan forhindre at klausulen får materielle virkninger.

I saken var også spørsmålet om ”misrepresentation” oppe, og det var på dette grunnlaget saken i senere (i 2004) ble avgjort.⁹⁵ World Online hadde gitt feilaktige opplysninger som påvirket de beregningene som ble gjort i forkant av avtaleinngåelsen. Domstolen kom derfor til at avtalen var ugyldig, og de trengte derfor ikke ta stilling til spørsmålet om NOA-klausulen. 2004-dommen er også preget av antydninger om forsøk på å legge frem falske bevis fra World Online som skulle bevise at de kun hadde ment å gi en midlertidig rabatt på 10% inntil I-Way hadde fått orden på investeringene.

Endringsordre i entrepriseforhold – ”Change orders”

I entrepriseforhold skilles det mellom endringer av det arbeidet som skal utføres og endringer av selve kontrakten. Skriftkrav som gjelder endringer av arbeidet som skal gjøres – endringsordre – er i utgangspunktet bindene etter engelsk rett. Hovedregelen er derfor at entreprenøren ikke har krav på tilleggsvederlag dersom endringsordren ikke tilfredsstillende formkravene fastsatt i avtalen.⁹⁶ Dette begrunnes med at endringer av arbeidet som skal utføres ikke er en avtale, eller en endring av kontrakten, men en utøvelse av den kontraktsfestede retten til å gjøre endringer på spesifikasjonene til kontraktsgjenstanden.

⁹⁴ Treitel, 5-031 i note 170: ”The contract may contain a term stipulating that it cannot be modified or varied unless in writing, but there appears to be a tacit acceptance that this can be overridden by the parties’ oral agreement: *I-Way Ltd v World Online Telecom ... at [9]*”.

⁹⁵ Jf. *I-Way Ltd v. World Online Telecom Ltd* [2004] EWHC 244.

⁹⁶ Hudson, 1-091 og Keating, 4-046.

Hvis det er styret eller toppledelsen som muntlig krever en endringen av arbeidet som skal utføres, kan endringsordren imidlertid likevel bli bindene slik at entreprenøren får krav på tilleggsvederlag.⁹⁷ I slike situasjoner innfortolkes et underforstått avkall ("waiver") av kravet til skriftlighet. Dette forutsetter at den som har krevd eller godkjent endringen har fullmakt til å frafalle skriftkravet.

Klausuler som krever at endringsordre skal være skriftlige er også gyldige i amerikansk entrepriserett.⁹⁸ Også i amerikansk rett kan imidlertid kravet til skriftlighet antas frafalt dersom det er "the owner" (altså noen som representerer selskapet på høyeste nivå, eller hvis det er en privatperson – personen selv), som har bedt om endringen.⁹⁹

En annen innfallsvinkel til endringsordre i amerikansk rett er å se på byggherrens muntlige endringsordre som et kontraktsbrudd dersom entreprenøren utfører arbeidet i god tro. Siden endringsordren ikke er gitt skriftlig, har ikke entreprenøren krav på tilleggsvederlag, men han har krav på erstatning for byggherrens brudd på formkravet til endringsordren. Denne erstatningen vil tilsvare entreprenørens økonomiske tap, som tilsvarer det han ville hatt krav på i tilleggsvederlag. Resultatet blir det samme som om endringsordren hadde vært i samsvar med formkravene. Dette kalles en "constructive change order", og er et godt eksempel på hvor langt domstolene er villige til å strekke seg for å omgå uheldige virkninger av en slik klausul.¹⁰⁰

I motsetning til klausuler som regulerer prosedyren for endringsordre, gjelder NOA-klausulen endringer av selve kontrakten. Argumentene som gjør at endringsordre håndheves i engelske rett gjør seg derfor ikke gjeldene ovenfor slike klausuler. Men unntakene fra regelen om at endringsordre må følge bestemte formkrav er like relevante ovenfor NOA-klausuler. Dette er nok et tegn på at opptreden i strid med klausulen lett kan tolkes som et avkall av klausulens formkrav og at NOA-klausuler ikke er effektive i engelsk rett.

⁹⁷ *Melville v. Carpenter* [1853], 11 Up.Can.Q.B. 128, referert i Hudson 7-077.

⁹⁸ *Foster Wheeler Enviresponse, Inc. V. Franklin County Convention Facilities Authority* (Ohio 1997) 678 N.E.2d 519 i avsnitt [1].

⁹⁹ *Universal Builders, Inc. V. Moon Motor Lodge, Inc.* (1968) 433 Pa. 550 på side 560. Se også Farnsworth II s.260 note 10 og Sweet s. 455: "Generally it appears that the owner orally ordered the changed work, it will be assumed that the writing requirement has been waived". Referert i Barbo på side 185.

¹⁰⁰ Sweet s. 446-447 og Barbo s. 185.

*Uniform Commercial Code*¹⁰¹

Amerikansk kjøpsrett er harmonisert i 49 av statene i USA gjennom modelloven “Uniform Commercial Code” (heretter UCC).¹⁰² UCC har en annen tilnærming til NOA-klausuler enn det som følger av common law. Klausulen er regulert i artikkel 2:209 som lyder:

§ 2-209. Modification, Rescission and Waiver.

- (1) An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding.
- (2) An agreement in a signed record which excludes modification or rescission except by a signed record may not be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement in a form supplied by the merchant must be separately signed by the other party.
- (3) The requirements of Section 2-201 must be satisfied if the contract as modified is within its provisions.
- (4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3), it may operate as a waiver.
- (5) A party that has made a waiver affecting an executory portion of a contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver.

I henhold til annet ledd i bestemmelsen kan NOA-klausuler forhindre muntlige endringer i strid med klausulen. Dette er motsatt resultat av common law både i England og USA. Grunnen til at lovkonsepistene har valgt en annen tilnærming til NOA-klausuler enn det som følger av common law, er at kravet til consideration er fjernet.¹⁰³ Mange mente at kravet til consideration gjorde partene mer forsiktige, og at consideration sikret bevis for transaksjonene. Bortfallet av kravet til consideration gjorde at disse

¹⁰¹ Jeg velger å omtale UCCs regulering av NOA-klausuler fordi denne reguleringen danner grunnlaget for blant annet den reguleringen av NOA-klausuler som følger av CISG artikkel 29.

¹⁰² UCC er laget av American Law Institute og National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Formålet med loven er å harmonisere forskjellige deler av kontraktsretten i USA. Artikkel 2, som regulerer kjøpsrett, er implementert av alle delstatene i USA med unntak av Louisiana. Jf. <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html>.

¹⁰³ Hillman s. 452 og Furmston, Law of Contract s. 529.

sikkerhetsmekanismene falt bort, og artikkel 2:209 (2) ble tatt inn for å gi partene en alternativ mulighet til å beskytte seg selv.¹⁰⁴

Til tross for at UCC anerkjenner NOA-klausuler i annet ledd, blir rekkevidden av bestemmelsen kraftig dempet i fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen kan et forsøk på å endre avtalen i strid med NOA-klausulen likevel fungere som et avkall ("waiver"). Det er litt uenighet i amerikansk teori om hvordan denne bestemmelsen skal forstås. Noen mener at det bare er endring eller frafall av eksisterende retter som omfattes av fjerde ledd, mens tillegg i avtalen alltid må være skriftlige for å være bindene.¹⁰⁵ Andre hevder at det må innfortolkes et krav om "reliance" (innrettelse) i fjerde ledd for at endringer skal kunne virke som avkall.¹⁰⁶

Bestemmelsen i femte ledd innebærer at avkall etter fjerde ledd kan trekkes tilbake med rimelig varsel, med mindre dette vil være "unjust" ovenfor en kontraktspart som har endret sin materielle stilling i tillit til avkallet. Dette innebærer at de opprinnelige kontraktsvilkår fremdeles vil gjelde for uoppfylte deler av kontrakten, såfremt det er mulig for debitor å omstille seg.

Modelloven UCC gjelder kun for kjøpsavtaler under amerikansk rett, og det er foreløpig ikke grunnlag for å anta at NOA-klausuler skal få virkning i kontrakter som ikke reguleres av UCC. Blant annet har Restatement (second) of Contracts¹⁰⁷, som er oppdatert etter UCC, ikke har inkorporert UCCs løsning.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Hillman s. 452.

¹⁰⁵ Hillman s. 454.

¹⁰⁶ Judge Posner i *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters* 781 F.2d. 1280 s. 1287 jf. Farnsworth II s. 262. Dommen ble avsagt under dissens, og dissenterende dommer Easterbrook hevdet at ethvert forsøk på endring kunne være en waiver etter fjerde ledd, men at det måtte være reliance for at waiven skulle kunne trekkes tilbake etter femte ledd (s. 1292 i dommen). Se også White & Summers s. 42-43.

¹⁰⁷ Restatement of Contracts er en "oppsummering" av de reglene som følger av case law. Den er ikke rettslig bindene, men har sterk overtalelsesvirkning. I 1981 ble den oppdaterte Restatement (second) of Contracts gitt ut av American Law Institute. I motsetning til den UCC, som er et uttrykk for hvordan kjøpsretten *bør være*, skal Restatement of Contracts være deskriptiv. Den skal bare beskrive hvordan retten *er*. Farnsworth I s. 32-33.

¹⁰⁸ Leadbetter s. 314.

2.3.3 Lovregulering av NOA-klausulen i New York

Som vist ovenfor vil kontraktsfestede skriftkrav ikke kunne forhindre muntlige avtaler om å endre kontrakten i common law, verken i USA eller i England. I amerikansk kjøpsrett er utgangspunktet det motsatte, nemlig at NOA-klausuler kan avskjære muntlige endringsavtaler, dersom partene ikke har innrettet seg. I New York er det i tillegg gitt en bestemmelse som gir NOA-klausuler virkning også i andre kontrakter enn kjøpsavtaler.

Men selv slike lovfestede forsøk på å gi NOA-klausuler virkning blir uthullet av domstolsapparatet. Da New York innførte loven som gjorde NOA-klausuler effektive, omgikk domstolen bestemmelsen ved å si at NOA-klausulen bare forbød endringer, ikke opphevelse av kontrakten.¹⁰⁹ De tolket dermed endringsforsøket som en opphevelse av den opprinnelige kontrakten etterfulgt av en ny muntlig avtale.¹¹⁰

Dette førte til at loven ble endret slik at domstolene ikke skulle kunne ommgå den. Den nye lovreguleringen av NOA-klausulen fyller omtrent én A4-side,¹¹¹ og omfatter også opphevelse av avtalen. Heller ikke dette kunne imidlertid forhindre domstolene fra å håndheve en muntlig endringsavtale. I *Rose v. Spa Realty Associates*¹¹² kom domstolen til at estoppel forhindret parten fra å påberope seg NOA-klausulen siden den andre parten hadde innrettet seg etter endringsavtalen.¹¹³

Det skal likevel mye innrettelse til for at en kontraktsklausul blir satt til side på grunn av estoppel. I *Rose v. Spa Realty Associates* hadde for eksempel den ene parten tilegnet seg land, fått nødvendige tillatelser fra myndighetene og bygget 4 bygninger i tiltro til avtaleendringen. Loven har altså hevet terskelen for å sette NOA-klausulen til side, men den har ikke gjort det umulig. Dette viser hvor mange muligheter domstolene har for å komme utenom NOA-klausulen i common law.

¹⁰⁹ Snyder s. 642.

¹¹⁰ *Green v. Doniger*, 90 N.E.2d 56 s. 58 (N.Y. 1949).

¹¹¹ Se note 158 i Snyder på s. 642-643.

¹¹² 366 N.E.2d 1279 s. 1281 (N.Y. 1977).

¹¹³ Snyder s. 644.

2.3.4 Presumsjonsvirkningene – Bevismessig verdi

Presumpsjon mot at avtale er inngått

Til tross for at NOA-klausuler ikke kan forhindre muntlige endringer av avtaler, kan de skape en presumpsjon mot at avtalen er endret. Den parten som hevder at partene muntlig har avtalt å endre kontrakten kan få problemer med å forklare hvorfor det ikke er gjort i samsvar med de formkravene som partene har avtalt.¹¹⁴ Den andre parten vil ha et tilsvarende sterkt argument i at dersom det hadde vært meningen å endre kontrakten, så ville han ha nedtegnet endringen i tråd med formkravene.

Det kan være sterkt nok bevis til å tilbakevise presumpsjonen at kontrakten blir oppfylt i henhold til endringen, men så lenge partene ikke har innrettet seg etter endringen, vil det være meget vanskelig å overbevise dommeren om at avtalen er endret. Skriftlighet står meget sterkt i engelsk rett, og den som hevder at en skriftlig kontrakt er endret muntlig vil uansett ha en tung bevisbyrde på seg, uavhengig av en NOA-klausul. Det er derfor ikke sikkert at NOA-klausulen har noen ytterligere bevismessig verdi utover de strenge beviskravene som allerede stilles.

Omvendt bevisbyrde i spørsmålet om rettslig intensjon

En annen mulig tolkning av en NOA-klausul kan være at eventuelle endringer av avtalen ikke skal ha contractual force¹¹⁵ med mindre de er gjort i samsvar med NOA-klausulen. Denne problemstillingen var ikke oppe i *World Online Telecom*-dommen. Såkalte Hounor-clauses viser at partene kan bestemme at en avtale ikke skal kunne håndheves av domstolene. Det samme gjelder subject to contract-klausuler. Det kan derfor ikke være noe prinsipielt i veien for at også NOA-klausuler har slik virkning.

¹¹⁴ Christou s. 235.

¹¹⁵ Et annet begrep for at avtalen skal være rettslig bindende, jf det som er sagt om rettslig intensjon i punkt 2.2.4.

På den annen side kan ikke spørsmålet om partene har hatt rettslig intensjon ved inngåelsen av endringsavtalen løses ved en tolkning av den opprinnelige overenskomsten. Dersom begge parter etter en objektiv vurdering har hatt rettslig intensjon ved inngåelsen av endringsavtalen, overstyrer det den tidligere inngåtte kontrakten. NOA-klausulen kan ikke forhindre dette.

Avgjørelsen av om partene har hatt contractual intention er et bevisspørsmål om partenes intensjon ved inngåelsen av endringsavtalen. I denne bevisvurderingen kan en NOA-klausul ha betydning. Parten kan for eksempel hevde at han ikke mente at endringen skulle være rettslig bindende, og at om han hadde ment at den skulle være det så ville han ha gjort fulgt formkravene i NOA-klausulen.

Det er i utgangspunktet en presumpsjon for at partene har contractual intention ved inngåelse av kommersielle avtaler, men NOA-klausulen burde etter min mening kunne føre til at presumpsjonen snus. Det blir den parten som hevder at endringen er rettslig bindende som må bevise at partene mente at den skulle være det til tross for brudd på formkravet.

2.3.5 Kan avvikende praksis festne seg som en bindende endring av avtalen

Som nevnt ovenfor er det nokså klart i engelsk rett at en NOA-klausul ikke kan avskjære en muntlig endringsavtale. Men dette forutsetter at det foreligger helt klare bevis for at en slik muntlig overenskomst foreligger.

I mange tilfeller vil imidlertid ikke situasjonen være så klar. Det kan for eksempel være tale om at en kontrakt blir *praktisert* annerledes, eller det kan være tvil om det som har foregått mellom partene faktisk er en avtaleendring, eller bare avkall på kreve ordrett oppfyllelse.

Dette er mest praktisk i langvarige kontraktsforhold. Partene i en langsiktig leveringsavtale kan for eksempel ha avtalt at leveransene skal leveres den første hver måned. Så kan det over tid feste seg en praksis for at leveransene kommer på den første mandagen i måneden, uten at mottakeren protesterer. Selv om dette har vært klarert muntlig mellom partene, for

eksempel over telefon, er det ikke sikkert at mottakeren har ment at dette skal innebære en rettslig bindende kontraktsendring. Mottakeren kan isteden ha ment dette som at han *inntil videre* aksepterer at avtalen praktiseres slik.

Problemstillingen kan aktualisere seg på to måter. Enten kan den aktualisere seg ved at mottakeren krever erstatning for kontraktsbrudd pga forsinket levering, eller den kan aktualisere seg ved at han krever levering i henhold til kontrakten for fremtiden.

Det avgjørende også i disse situasjonene vil være om det som har foregått mellom partene kan ha en avtalestiftende funksjon. Både tilbud og aksept kan i utgangspunktet oppstå som følge av passivitet eller konkludent atferd,¹¹⁶ noe som åpner for at bindende avtale kan være inngått.

Selv om NOA-klausuler ikke kan avskjære avtaleendringer som beviselig er inngått, kan NOA-klausulen ha betydning for om avtale er inngått i slike tilfeller. For at konkludent atferd skal føre til avtalebinding er det et vilkår at meningen med atferden er å akseptere tilbudet om å inngå avtale.¹¹⁷ Tilsvarende krav til intensjon gjelder for tilbud.¹¹⁸ NOA-klausulen kan bevise at avtalepartene ikke har hatt intensjon om at atferden skulle være rettslig bindende, og kan i utgangspunktet avskjære slike kontraktsendringer.

Equity-doktriner som acquiescence og promissory estoppel kan imidlertid også i disse tilfellene føre til at NOA-klausulen ikke kan påberopes. Har partene først innrettet seg etter endringen, vil disse doktrinene føre til at endringen blir ansett som bindende uansett (estoppel) eller at mislighold ikke kan påberopes (acquiescence).

¹¹⁶ Se Treitel 2-005 og 2-017.

¹¹⁷ Treitel 2-017.

¹¹⁸ Tilbudet kan isteden være en "invitation to treat", se Treitel 2-006.

2.4 Forholdet mellom fullmaktsregler og NOA-klausulen

2.4.1 Innledning

I tillegg til at NOA-klausulen krever at kontraktsendringer skal være skriftlige, oppstiller klausulen et vilkår om hvem som har kompetanse til å avtale endringen.¹¹⁹ Noen klausuler henviser direkte til bestemte personer, andre viser til ”duly authorised representative”. Særlig i forhold til sistnevnte er det nyttig med en kort innføring av hva dette innebærer i engelsk rett.

Etter engelsk rett kan fullmaktsforhold etableres på tre måter: etter eksplisitt avtale, etter underforstått avtale og etter lov.¹²⁰ Engelsk rett har ingen lovfestede legitimasjonsregler for hvem som har fullmakt til å representere et selskap. Det er opp til selskapsavtalen å regulere hvem som skal være selskapets representanter og hvordan disse utnevnes.¹²¹ I tillegg kan disse representantene gi fullmakt til andre, og ansatte kan ha fullmakt i kraft av regler om ”apparent authority”.

2.4.2 Kort om ”Apparent authority” (tilsynelatende fullmakt)

En part (heretter kalt ”prinsipalen”) kan bli bundet av en agents eller representants handlinger dersom parten har gitt tredjepart grunn til å tro at representanten har fullmakt. Dette kalles ”apparent authority”, og gjelder selv om representanten eller agenten rent faktisk ikke har fullmakt.¹²² Et eksempel på dette finnes i saken *Summers v Solomon*.¹²³ Der ble prinsipalen bundet av et innkjøp som daglig leder gjorde etter at han hadde sluttet i sin stilling, fordi prinsipalen ikke hadde gitt beskjed til leverandøren om at fullmaktsforholdet hadde opphørt.

¹¹⁹ Se eksempelklausulene i punkt 1.3.3.

¹²⁰ Stone, s. 211.

¹²¹ Se Treitel 16-026.

¹²² Treitel, 16-020.

¹²³ (1857) 7 E. & B. 879.

For at prinsipalen skal bli bundet av en representants apparent authority, er det et vilkår at prinsipalen på en eller annen måte har gitt tredjepart grunn til å tro at representanten har fullmakt. En av de vanligste måtene dette skjer på er gjennom ansettelser. En som er ansatt får i kraft av sin stilling de fullmakter som vanligvis hører til stillingen, dersom ikke annet er uttrykkelig bestemt. Men dersom ikke tredjepart er informert om begrensningene i stillingsfullmakten, kan prinsipalen likevel bli bundet dersom den ansatte handler i strid med begrensningene i fullmakten.

I *SMC Electronics Ltd v Akhter Computers Ltd*¹²⁴ kom dette på spissen. En ansatt i Akhter Computers med jobbtittelen ”Director PSU Sales” inngikk en kommisjonsavtale med SMC om salg av PSU-enheter (strømforsyninger til PCer) mot en andel av fortjenesten. Domstolen kom til at selv om den ansatte ikke hadde spesifikk kompetanse til å inngå en slik avtale (han var ikke faktisk direktør i selskapet), så ga jobbtittelen uttrykk for at han hadde slik fullmakt, og det ble selskapet bundet av.

Et annet vilkår for at prinsipalen skal bli bundet, er at tredjeparten må ha hatt tillit til at representanten hadde fullmakt.¹²⁵ Dette innebærer for det første at han må kjenne til fullmaktsforholdet, og for det andre at han ikke kan ha noen grunn til å betvile dets riktighet. Har for eksempel tredjeparten hatt anledning til å gjøre seg kjent med begrensninger i fullmakten, kan han ikke unnskyldes seg med at han har unnlatt å sette seg inn i disse.

2.4.3 Begrenser NOA-klausulen hvem som kan endre avtalen?

I tillegg til skriftkravet inneholder NOA-klausuler som regel et ledd om hvem som skal signere på kontraktsendringen. Nedenfor drøfter jeg om dette innebærer en begrensning av hvem som har kompetanse til å endre avtalen, eller om det kun er en henvisning til de generelle fullmaktsreglene som jeg har gjort rede for ovenfor.

¹²⁴ [2001] 1 BCLC 433, jf. Stone s. 213.

¹²⁵ ”The third party must have relied on the representation.” Treitel, 16-026.

Henvisning til en spesifikk person eller en spesifikk stilling

I en del NOA-klausuler er det fastsatt at endringer skal være foretatt av bestemte personer. I eksempelklausulen 2¹²⁶ er dette gjort ved å henvise til de samme personene som signerte hovedavtalen.

Virkningen av en slik klausul er at den andre parten ikke vise til doktrinen om apparent authority for å binde selskapet hvis andre enn de som eksplisitt har kompetanse til det har endret kontrakten.¹²⁷ Det er som nevnt ovenfor et vilkår for apparent authority at den andre parten ikke har grunn til å tvile på fullmakten, og den som skal avtale en kontraktsendring bør kjenne til kontrakten som endres – og dermed også begrensingen i endringskompetansen. Vilkåret om at medkontrahenten må ha stolt på fullmakten i god tro er da ikke oppfylt.

Dersom den som avtaler kontraktsendringen har fått en fullmakt til å fravike NOA-klausulen, kan imidlertid kontraktsendringen likevel bli bindene. Det kan for eksempel tenkes at prinsipalen gjennom sin oppførsel eller handlemåte har gitt medkontrahenten grunn til å tro at en annen enn den kontrakten utpeker som autorisert skal ha rett til å avtale endringer. For at fullmakten skal favne så vidt, må det imidlertid være momenter som taler for at den skal omfatte også det å fravike NOA-klausulen. Et sterkt moment i den retning vil være om fullmakten er gitt etter at den kontrakten ble inngått.

Videre kan stillingsfullmakten til den som endrer avtalen være så omfattende at det er naturlig å oppfatte den som en rett til å fravike klausulen. For eksempel vil det som regel ligge innenfor en administrerende direktørs "apparent authority" å gjøre endringer som etter avtalen skal gjøres av en medarbeider på lavere nivå.

¹²⁶ Se punkt 1.3.3.

¹²⁷ Christou s. 235.

Henvisning til "duly authorised representatives"

Dersom NOA-klausulen kun er utformet som en henvisning til "duly authorised representatives",¹²⁸ vil ikke NOA-klausulen i seg selv utgjøre noen begrensning i forhold til bakgrunnsretten. Det er alltid et vilkår for at prinsipalen skal bli bundet at agenten har kompetanse til å endre avtalen, enten dette er gjennom særskilt fullmakt, stillingsfullmakt eller annen fullmakt. Hvorvidt vedkommende har fullmakt må da løses ut fra vanlige fullmaktsregler enten kontrakten inneholder en henvisning til "duly authorised representatives" eller ikke.

2.4.4 Kan NOA-klausulen være en begrensning i fullmakten?

Rekkevidden av fullmakten til en agent eller selskapsrepresentant følger enten av grunnlaget til fullmakten, eller av særskilte begrensninger av en fullmakt som følger av annet grunnlag. Et eksempel på det sistnevnte kan være at en representant har sin fullmakt i kraft av sin stilling, men at denne er begrenset i instruks, både internt og ovenfor tredjemann.

Slike begrensninger kan være både materielle og formelle. Det er ingen rettspraksis som står i veien for at fullmakter blir begrenset formelt.¹²⁹ En slik formell begrensning i en fullmakt kan for eksempel være at agenten kun har kompetanse til å inngå avtaler skriftlig. Dette må i utgangspunktet en tredjepart respektere i den grad han kjenner til begrensningen.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om NOA-klausulen kan gjøre endringer foretatt av andre enn de øverste selskapsrepresentantene uforbindene. En slik virkning av klausulen er teoretisk mulig å oppnå i engelsk rett. Prinsippet om at den nye avtalen går foran den gamle vil ikke gjelde dersom den nye avtalen er inngått av en som ikke har fullmaktrettslig

¹²⁸ Jf eksempelklausul 1 ovenfor i kapittel 1.3.3.

¹²⁹ Ed Peel, e-post datert 16.9.2008.

kompetanse til å inngå den nye avtalen. Om dette skyldes formelle eller materielle begrensninger i fullmakten er etter min mening uten betydning.

Hvorvidt NOA-klausulen faktisk har slik virkning må da bero på en tolkning av ordlyden i klausulen. Eksempelklausul 1 er representativ for hvordan klausulene er formulert: *"No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties"*.¹³⁰ Slik denne klausulen er formulert er det ikke nærliggende å oppfatte den som en begrensning av fullmakten til den som signerer endringen. Det er mer nærliggende å oppfatte klausulen som to selvstendige vilkår. Det første vilkåret er at den skal være skriftlig, og det andre vilkåret at vedkommende har fullmakt. I tråd med engelske tolkningsprinsipper er det da dette som skal legges til grunn.

Imidlertid kan det tenkes at NOA-klausulen formuleres på en annen måte: *"No amendment or variation to this Agreement made by authorised representatives shall take effect unless it is in writing."* Denne formuleringen kan tolkes som en begrensning av fullmakten til selskapets representanter. En slik begrensning må da – i likhet med materielle begrensninger av en fullmakt – respekteres av tredjeparter som er kjent med den.¹³¹ Begrensninger som følger av avtalen mellom partene må regnes for å være kjent for begge parter.

For at dette skal være bindende må imidlertid den som inngår den opprinnelige avtalen være på et høyere nivå i selskapet enn den eller de som endrer avtalen. Dette må følge av prinsippet om at man ikke kan begrense sin egen kompetanse til å inngå avtaler. En agent kan ikke begrense sin egen kompetanse til å endre en avtale han har inngått, og heller ikke kompetansen til de som han utleder sin kompetanse fra.

¹³⁰ Jf kapittel 1.3.3.

¹³¹ *Daun v. Simmins*, (1871) 41 LT 48. Daglig leder av et såkalt "tied public house" har normalt bare lov til å handle vin og brennevin fra en importør. Andre importører kan da ikke stole på at daglig leder har fullmakt til å handle fra andre enn den ene importøren. *"The main issue here is therefore one of fact. What exactly is the usual authority of this particular type of agent, and was the third party aware of any limits on it?"*.

I utgangspunktet er det altså ingenting i veien for at NOA-klausulens skriftkrav kan forhindre muntlige endringer foretatt av andre enn toppledelsen i selskapet. Dette forutsetter imidlertid at klausulen er formulert på en måte som gjør at dette går klart frem.

Selv om NOA-klausulen blir formulert slik at den innebærer en formell begrensning av representantenes fullmakt, vil virkningen i praksis likevel være svært begrenset. Om en fullmektig skulle inngå en muntlig avtale og fullmaktsgiveren er kjent med dette, kan prinsipalens oppførsel danne grunnlaget for en "apparent authority" til å sette skriftkravet til side.¹³² Prinsipalen kan også anses for å ha implisitt ratifisert avtalen dersom han direkte eller indirekte gir uttrykk for at avtalen er bindene.¹³³

Hovedregelen er imidlertid at en avtale ikke blir ratifisert på denne måten med mindre prinsipalen har utfyllende kunnskap om alle konsekvenser av hva agenten eller representanten har gjort.¹³⁴ Klausulen kan derfor etter min mening – om den blir formulert som en formell begrensning i representantens fullmakt – avskjære uønskede endringer som ikke prinsipalen er kjent med.

2.5 Oppsummering – Hvorfor har man NOA-klausuler i engelsk rett.

Det er lite materiale i engelsk rett vedrørende rettsvirkningene av No Oral Amendments-klausuler. Det materialet som foreligger, kombinert med omfattende rettspraksis fra USA, viser imidlertid at det ikke er mulig å avskjære muntlige endringsavtaler gjennom kontraktsregulering. Dersom partene har inngått en ny avtale, så har de inngått en ny avtale, og en slik avtale går foran den gamle avtalen.

¹³² Ed Peel, e-post datert 16.9.2008.

¹³³ Hudson, 7-078. Dette gjelder endringsordre i entrepriseretten, men i og med at skriftkrav innenfor entrepriseretten anerkjennes i større grad enn ellers, jf. ovenfor, så er det grunn til å gi argumentet overføringsverdi.

¹³⁴ Treitel, 16-043.

Det er likevel vanlig at partene skriver NOA-klausuler i avtalene sine.¹³⁵ En grunn er at den er der som en påminnelse til partene om å formalisere endringer i avtalen. Blir avtalen endret muntlig gjentatte ganger blir det vanskelig å vite hva som egentlig er kontraktsvilkårene. Forutberegnligheten, som er en av de viktigste verdiene i engelsk kontraktsrett, blir svekket.

Den viktigste årsaken til at partene tar inn klausulen i sine avtaler er antakelig at den faktisk blir oppfattet som effektiv.¹³⁶ Den som ønsker å saksøke en kontraktspart for å kreve oppfyllelse etter en endret avtale til tross for en NOA-klausul vil uten tvil starte i motbakke.

3 ET KOMPARATIVT BLIKK PÅ NORSK RETT

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg analysere de delene av norsk rett som er sentral for forståelsen av NOA-klausuler. Formålet med kapittelet er å avdekke forskjeller mellom engelsk (common law) og norsk rett (civil law) som kan begrunne forskjellig virkning av klausulen. Intensjonen er ikke å gi en uttømmende komparativ analyse av rettssystemene, men å redegjøre for de relevante delene av norsk rett og påpeke forskjellene fra engelsk rett.

Hvilke virkninger NOA-klausulen har må i første omgang avgjøres gjennom å tolke kontrakten med klausulen. Forskjellige prinsipper for kontraktstolkning i norsk og engelsk rett kan av den grunn føre til at klausulen får forskjellig virkning. I punkt 3.2 vil jeg derfor kort behandle prinsippene for kontraktstolkning i norsk rett, med særlig fokus på tolkning av engelskspråklige kontrakter.

¹³⁵ Rose, Commercial Lawyer s. 28-29.

¹³⁶ Intervjuer gjennomført av Commercial Lawyer i 1997 tyder på at en del inhouse-advokater var av den oppfatning at NOA-klausulene var effektive ("If we thought it didn't work, we wouldn't have written it"). Blant advokatfirmaene er det en oppfatning om at klientene tror at klausulen virker.

Deretter skal jeg behandle forholdet mellom NOA-klausulen og den grunnleggende avtalemekanismen i bakgrunnsretten. I punkt 3.3 og 3.4 drøfter jeg enkelte sider ved den norske avtaleretten som er forskjellig fra engelsk rett, og som kan føre til at NOA-klausulen får en annen virkning i norsk rett enn i engelsk rett. I punkt 3.5 omtaler jeg kort forholdet mellom NOA-klausulen og reglene om bevisavskjæring.

Den andre hovedforskjellen mellom engelsk og norsk rett som er sentral for NOA-klausulen, er betydningen av lojalitetsprinsippet (punkt 3.6) og hensynet til å komme frem til en rimelig løsning (punkt 3.7). Dette er grunnleggende prinsipper i norsk rett som 00kan få betydning for tolkning, utfylling og sensur av NOA-klausulen.

Avslutningsvis vil jeg behandle forholdet til de internasjonale instrumentene UNIDROIT og PECL. Begge disse instrumentene regulerer virkningene av NOA-klausulen, men reguleringene er sprikende, og begge reguleringene skiller seg fra løsningen i engelsk rett. En kort omtale av disse instrumentenes betydning i norsk rett kommer derfor i punkt 3.8

3.2 Kontraktstolkning

Prinsippene for kontraktstolkning er veldig forskjellige i norsk og engelsk rett. I engelsk rett er kontraktens ordlyd helt sentral. Også i norsk rett er ordlyden et viktig utgangspunkt ved tolkning av kontrakter, men etter engelsk rett er ordlyden mer enn et utgangspunkt. Ordlyden har etter engelsk rett gjennomslagskraft ovenfor andre tolkningsprinsipper. Dette fører blant annet til regelen om at ”extrinsic evidence” er irrelevant, og derfor kan avskjæres som bevis.¹³⁷

Av denne grunn er det derfor liten tvil om hvordan NOA-klausulen skulle tolkes i kontrakter underlagt engelsk bakgrunnsrett. Ordlyden i klausulen er klar på det punktet.

¹³⁷ Falkanger s. 565.

Problemet i engelsk rett er derfor kun om klausulens virkninger er forenlig med bakgrunnsretten, noe drøftelsen i kapittel 2 viser at den ikke er.

Selv om ordlyden også er et utgangspunkt for kontraktstolkningen etter norsk rett, har andre momenter en mye mer sentral plass i tolkningsprosessen. Etter norsk rett skal det foretas en helhetlig vurdering av alle relevante tolkningsdata for å finne frem til partenes mening på avtaletidspunktet. I denne helhetsvurderingen er ordlyden et av flere momenter som tillegges vekt, men ikke det eneste. Det avgjørende er å finne frem til partenes mening, ikke betydningen av ordene i kontrakten.

Ved tolkning av boilerplate-klausuler blir dette skillet mellom norsk og engelsk kontraktstolkning særlig synlig. Slike klausuler blir ofte tatt inn i kontrakten uten at ordlyden har vært gjenstand for forhandlinger. Ordene gir av den grunn ikke nødvendigvis korrekt uttrykk for partenes mening med klausulen. Etter norske kontraktstolkningsprinsipper betyr dette at ordlyden ikke kan tillegges like mye vekt som om klausulen hadde vært utslag av konkrete forhandlinger mellom partene. Dette åpner for at andre momenter vektlegges mer i tolkningsprosessen, og at klausulen må tolkes annerledes enn etter engelsk rett. Dette drøftes nærmere i kapittel 4.

3.3 Avtalt formkrav som gyldighetskriterium

En NOA-klausul er en klausul som oppstiller formkrav for avtaleendringer. En forutsetning for at brudd på formkravene skal ha rettslig betydning er at bakgrunnsretten tillater avtalte formkrav. Dersom bakgrunnsretten ikke aksepterer avtalte formkrav, vil klausulen ikke kunne oppnå ønsket effekt.

Avtalte formkrav i norsk rett

I henhold til NL-5-1-1¹³⁸ er hovedregelen i norsk rett er at avtaler kan inngås formløst. Et sentralt vilkår i NL-5-1-1 er om avtale er inngått, og innholdet i dette begrepet er nærmere regulert i avtaleloven. Avtaleloven er deklarasjonskriterier og kan fravikes ved avtale.¹³⁹ Dette innebærer at partene selv kan avtale hvilke disposisjonskriterier som må være oppfylt for at bindene avtale skal være inngått. Det er ikke nødvendig at loven fravikes ved selve avtaleinngåelsen, det er sikker rett at dette kan avtales på forhånd.¹⁴⁰

Dette åpner for at partene blir enige om at skriftlighet skal være et vilkår for kontrakt skal anses for å ha kommet i stand. I praksis avtales formkrav ofte i forkant av fremforhandling av kommersielle avtaler, og det regnes som sikker rett at formkravene er bindene.¹⁴¹ Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for at formkrav også kan gjelde endringsavtaler.

Komparativt med engelsk rett

I engelsk rett kan ikke formkrav forhindre at avtaler blir endret muntlig. Formkrav i intensjonsavtaler får derimot virkning etter sitt innhold.

Skillet mellom virkningen av formkrav i intensjonsavtaler og formkrav i NOA-klausuler trenger ikke nødvendigvis å ha en god begrunnelse i engelsk rett. Engelsk jurister er ikke så opptatt av å generalisere som norske jurister. Jeg vil likevel forsøke å finne en årsak til denne forskjellen for å kunne vurdere om tilsvarende skillet bør oppstilles i norsk rett.

Slike formkrav blir oppfattet som et uttrykk for at partene ikke har rettslig intensjon før formkravene er oppfylt.¹⁴² Sagt på en annen måte er klausuler som forutsetter skriftlighet

¹³⁸ NL 5-1-1: ”En hver er pliktig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver”.

¹³⁹ Jf. avtalelovens § 1: ”Reglerne i dette kapitel kommer til anvendelse, hvis ikke andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane.”

¹⁴⁰ Hov, Gyldendal Rettsdata note 3.

¹⁴¹ Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 124, Woxholth, Avtalerett s. 150 og Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s. 136.

¹⁴² Jf punkt 2.2.5.

kun *deskriptive* i engelsk rett. I norsk rett er formkravet i slike klausuler *normativt*, en gyldighetsbetingelse¹⁴³ som må være oppfylt for at bindene avtale skal være inngått.

Det engelske skillet mellom virkningen av formkrav i intensjonsavtaler og formkrav i NOA-klausuler kan muligens begrunnes i at det ikke er mulig å forutse hvilke intensjoner partene har i en hypotetisk fremtidig forhandlingssituasjon. Av den grunn kan klausulen kun påvirke den konkrete forhandlingssituasjonen der den er vedtatt. For senere kontraktsendringer vil ikke den opprinnelige avtalen gi et uttrykk for intensjonen til partene.

En gyldighetsbetingelse har ikke den samme innebygde begrensningen. Den kan i utgangspunktet være bindene for alle avtaler mellom de aktuelle partene i all fremtid. Det er ikke noe logisk skille mellom formkrav i intensjonsavtaler og formkrav som fastsetter hvordan avtaler skal endres. Dette åpner for at norsk rett anerkjenner rettsvirkningene av NOA-klausuler.

Avtalte formkrav kommer ofte i stand ved begynnelsen av forhandlingene, for at det ikke skal være noen tvil om når partene har forpliktet seg endelig. Endringsavtaler kan komme lenge etter at den opprinnelige avtalen er inngått, og ofte er det andre enn de opprinnelige parter som avtaler endringen. I en slik situasjon er det flere usikkerhetsmomenter som kan spille inn – blant annet om partene er kjent med NOA-klausulen. Av denne grunn er det ikke uten videre mulig å konstatere at rettsvirkningene av en NOA-klausul er de samme som rettsvirkningene av formkrav i intensjonsavtaler.

3.4 Avtalerettslige kollisjonsregler – ”avtale posterior”

Selv om form kan avtales som gyldighetsbetingelse eller disposisjonskriterium for at en avtale skal være bindene, blir det spørsmål om hvor langt formkravet rekker ovenfor senere formløse avtaler.

Innenfor rettskildelæren er det noen anerkjente kollisjonsregler som også kan ha betydning i avtaleretten. Disse tre reglene er ”lex posterior”¹⁴⁴, ”lex superior”¹⁴⁵ og ”lex specialis”¹⁴⁶.

¹⁴³ Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet* s. 136.

Særlig den førstnevnte reglen kan være aktuell ved tolkning og anvendelse av NOA-klausulen. Dersom man opererer med en kategorisk ”lex posterior”-regel for avtaler, vil det være et argument for at endringsavtalen av den grunn går foran hovedavtalen – uavhengig av en NOA-klausul.

Fra amerikansk rett har vi sett at en NOA-klausul ikke kan forhindre at den senere muntlige endringsavtalen blir bindene fordi nye avtaler går foran gamle. Som det heter i amerikansk rett: ”*The hand that pens a writing may not gag the mouth of the assenting parties*”.¹⁴⁷ Dette synspunktet er forankret i at den nye avtalen går foran den gamle, og at det prinsippet ikke kan fravikes i avtale.¹⁴⁸

Det kan være uklart om vi har en avtalerettslig kollisjonsregel i norsk rett som fører til at en ny kontrakt automatisk går foran en eldre kontrakt vedrørende samme ting. På den ene siden har et slikt prinsipp mye for seg, og i de aller fleste tilfeller tar man det for gitt at det er den nye avtalen som gjelder, uten å tenke igjennom det. Det er også sjeldent at det avtales eksplisitt at den nye kontrakten opphever den gamle.

På den andre side er norsk avtalerett basert på en helhetlig tolkning av alle omstendigheter, og hvis en slik tolkning viser at partene ikke egentlig mente at den nye kontrakten skulle gå foran den gamle, så kan det hende de ikke anvender dette prinsippet. Et eksempel på dette kan være at den ene parten ikke var klar over den tidligere overenskomsten, og derfor blir ”lurt” inn i en ny og dårligere avtale av den andre parten.

¹⁴⁴ Dette prinsippet innebærer at ny lov går foran en eldre. Overført til avtaler blir det prinsippet om at en ny avtale går foran den eldre.

¹⁴⁵ Prinsippet om lovers trinnhøyde. Om prinsippet kan overføres til avtaleretten kan man stille spørsmålet om avtaler kan ha forskjellig trinnhøyde. For eksempel kan man hevde at hovedtariffavtalen er ”avtale superior” i forhold til de enkelte arbeidsavtaler, eller at rammeavtaler har høyere trinnhøyde enn andre avtaler innenfor rammeavtalen.

¹⁴⁶ Regelen om at den spesielle bestemmelsen/loven går foran den generelle.

¹⁴⁷ *Wagner v. Graziano Construction Company* 136 A.2d 82 (Pa. 1957), se punkt 2.3.2 ovenfor.

¹⁴⁸ En advokat i engelsk rett formulerte det slik: ”Parties are sovereign like parliament. If they decide to vary a contract orally, they can do so notwithstanding that the contract says it can only be varied in writing.” Rose, *Commercial Lawyer* s. 29.

Etter min mening har vi i utgangspunktet ikke et slik ubetinget ”avtale posterior” prinsipp i norsk rett.¹⁴⁹ Isteden løses kollisjoner ved å tolke de kolliderende kontraktene. Dette er i samsvar med det grunnleggende tolkningsprinsippet om at man skal forsøke å finne frem til partenes felles forståelse av avtalen.¹⁵⁰ Det avgjørende i tolkningsprosessen vil altså være om partene har en felles forståelse av at det er denne nye avtalen som skal gjelde og ikke den gamle. Ved fastleggelsen av denne felles forståelsen vil det imidlertid være en sterk presumpsjon for at den nye avtalen best gir uttrykk for partenes felles oppfatning, og at den gamle ikke lenger skal gjelde.

Dette fører til at den nye kontrakten stort sett alltid vil gå foran den gamle, ikke på grunn av en formell kollisjonsregel, men fordi det skapes en presumpsjon for at den opprinnelige avtalen er endret ved den siste.¹⁵¹

Også for lover begrenses betydningen av lex posterior-prinsippet ved at domstolene primært forsøker å bortfortolke motstriden mellom de forskjellige lovene. Det vil ofte foreligge forarbeider og andre momenter som kan klargjøre hvorvidt lovgiver har ment å endre den opprinnelige regelen eller om man har ment å videreføre en regel.

3.5 Bevisavskjæring

Bevisavskjæring var et sentralt tema i World Online Telecom-saken. En av problemstillingene var der om NOA-klausulen kunne føre til at bevis vedrørende den påståtte endringsavtalen måtte avskjæres som ”extrinsic evidence”.¹⁵² Bakgrunnen for problemstillingen er at NOA-klausulen, i likhet med EA-klausulen¹⁵³, forsøker å gjøre kontraktsdokumentet til det eneste relevante dokumentet ved fastleggelsen av partenes avtale.

Årsaken til at dette argumentet ikke førte frem var at det ikke var mulig å fastslå at klausulen kunne avskjære muntlige avtaler, og ”extrinsic evidence” var derfor ikke irrelevant, og måtte derfor kunne føres. Dersom klausulen etter engelsk rett hadde kunne avskjære muntlige endringer, ville det føre til bevis for den muntlige avtalen var irrelevant og derfor måtte avskjæres etter regelen om ”extrinsic evidence”.

¹⁴⁹ Dette synspunktet støttes av Geir Woxholth i en e-post datert 19. Oktober 2008.

¹⁵⁰ Se for eksempel Huser s. 378 og Haaskjold s. 101 med videre henvisninger.

¹⁵¹ Woxholth, e-post datert 19. Oktober 2008.

¹⁵² Irrelevant bevis som kan avskjæres i medhold av parol evidence-regelen. Omtalt i punkt 2.2.2.

¹⁵³ Jf punkt 1.5.3 og Bjørnstads avhandling om Entire Agreements-klausuler.

Hovedregelen i norsk rett er at partene i en rettssak har rett til å føre de bevis de ønsker.¹⁵⁴ Det er imidlertid et vilkår i tvistelovens § 21-7 om at partene bare kan føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som kan treffes. Noen regel tilsvarende ”parol evidence rule” har vi ikke i norsk rett. Etter norsk rett kan det ikke være tvilsomt at bevis for den eventuelle muntlige endringsavtalen uansett vil kunne være av betydning for avgjørelsen. I denne sammenhengen er det nok å vise til blant annet avtalelovens § 36 og lojalitetsprinsippet, som begge forutsetter bevisførsel om etterfølgende omstendigheter.¹⁵⁵

3.6 Lojalitetsprinsippet

3.6.1 Lojalitetsprinsippet i norsk rett

Et prinsipp som kan påvirke NOA-klausulen på flere måter er prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Lojalitetsprinsippet i norsk rett har tradisjoner tilbake til 1800-tallet.¹⁵⁶

En av de mest sentrale dommene på dette området i nyere tid er Rt. 1988 s. 1078, som formulerer lojalitetsprinsippet på følgende måte:

”Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består...” (side 1084).

Lojalitetsprinsippet gjelder, som det fremgår av sitatet ovenfor, både på avtaletidspunktet, og ved gjennomføring av avtalen. En rekke regler i norsk rett kan sies å være et utslag av lojalitetsprinsippet. For eksempel er kjøpslovens bestemmelser om reklamasjon og reglene om opplysningsplikt utslag av lojalitetsprinsippet. Avtalelovens §§ 33 og 36 har også klare linjer til prinsippet.

I tillegg kan partene også pålegges plikter i kontraktsforholdet som ikke er nedfestet i lov eller avtale, men som kun er utslag av det alminnelige lojalitetsprinsippet. Kort sagt innebærer lojalitetsprinsippet at en part er forpliktet til å avstå fra å utføre handlinger som påfører medkontrahenten tap og som det ut fra medkontrahentens beskyttelsesverdige

¹⁵⁴ TvI § 21-3 (1).

¹⁵⁵ Forholdet mellom norske og engelske bevisavskjæringsregler har blitt behandlet mer utfyllende av Bjørnstad, s. 64 flg.

¹⁵⁶ Se for eksempel Stang, Innledning til formueretten s. 514.

forventinger vil være klanderverdig å utføre. Videre er parten forpliktet til å iverksette tiltak som kan avverge eller redusere slikt tap, hvis det er klanderverdig å la være.¹⁵⁷

For eksempel innebærer lojalitetsplikten at en kreditor har plikt til å sørge for at en potensiell kausjonist har fått nødvendig og relevant informasjon om låneforholdet før kausjonen aksepteres.¹⁵⁸ Blant de mest sentrale forpliktelser som en part kan pålegges med hjemmel i det alminnelige lojalitetsprinsippet er opplysningsplikt, oppklaringsplikt (plikt til å klargjøre misforståelser), tapsbegrensningsplikt og reklamasjonsplikt.

Konsekvensen av brudd på lojalitetspliktene varierer med hvilke plikter som er brutt og på hvilket stadium de er brutt. Dersom en part har forsømt sine opplysningsplikter eller oppklaringsplikter på avtaleinngåelsestidspunktet kan dette føre til at avtalen ikke binder den andre part, eller at avtalen blir revidert av domstolen. Forsømmes reklamasjonsplikten eller tapsbegrensningsplikten kan det føre til at eget krav går tapt.

I Rt. 1987 s. 442 forsømte en bank sin oppklaringsplikt ovenfor sin medkontrahent. En grunneier festet bort sin tomt til en bank mot meget rimelig festeavgift. Grunneieren trodde at han samtidig ble lovet kreditt fra banken. Banken mente på sin side at kredittsøknaden og festeavtalen var to selvstendige ting, og nektet grunneieren kreditt. Høyesterett kom da til at grunneieren ikke var bundet av festeavtalen som følge av at banken ikke hadde klargjort sitt synspunkt. Førstvoterende uttalte følgende:

”Avgjørende for meg er at iallfall etter Hansens brev av 30 januar 1978, hvor han overfor banken skriftlig gav uttrykk for sin forutsetning, kunne ikke banken uten videre la Hansen skrive under på festekontrakten. Banken hadde her fått en klar foranledning til å gjøre Hansen oppmerksom på at banken anså kredittsøknaden for å være en sak uavhengig av festeavtalen både formelt og reelt. Hvis det var så at banken ikke oppfattet Hansens kredittønske som et vilkår for festeavtalen, finner jeg at banken må ta risikoen for denne feiloppfatning, idet banken i hvert fall burde ha sett at det her forelå en uklarhet som den burde bringe klarhet i.

Jeg finner således å måtte legge til grunn at Hansen, da han underskrev festekontrakten, mente å ha inngått en avtale som var betinget av at banken

¹⁵⁷ Nazarian s. 326.

¹⁵⁸ Se Rt. 1984 s. 28.

oppfylte også den del av motytelsen - vel den viktigste - som bestod i å innvilge kredittsøknaden. At Hansens forestilling om den kreditt han kunne oppnå som en del av vederlaget antakelig var urealistisk, er ikke avgjørende i denne sammenheng.

På denne bakgrunn antar jeg at avtalen ikke var bindende for Hansen, enten man forankrer dette i avtalelovens § 33 eller i alminnelige ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold” (side 446).

Det sentrale i denne dommen for forståelsen av NOA-klausuler er at lojalitetsprinsippet kan sette til side de alminnelige reglene om avtaleinngåelse. Dette må bety at lojalitetsprinsippet også kan sette til side et avtalt formkrav eller en NOA-klausul. Dette drøftes nærmere i kapittel 4 nedenfor.

I den nevnte saken la domstolen særlig vekt på at styrkeforholdet mellom partene var skjevt.¹⁵⁹ Lojalitetsplikten strekker seg lengre dersom styrkeforholdet mellom partene er ujevnt enn om partene er jevnbyrdige. Lojalitetsprinsippet har imidlertid også betydning mellom jevnbyrdige profesjonelle parter, men da skal det mer til for at en handling skal oppfattes som illojal.

3.6.2 Lojalitetsprinsippets ufravikelighet

Selv om lojalitetsprinsippet ikke er lovfestet i norsk rett, bygger det på en redelighetsstandard som etter sin natur er ufravikelig.¹⁶⁰ Kravet til redelighet er et etisk grunnelement i kontraktsretten som er så tungtveiende at det ikke kan fravikes, uavhengig av partenes jevnbyrdighet.¹⁶¹ Det kan også begrunnes i at det ikke er domstolenes oppgave å beskytte uhederlig opptreden.¹⁶²

¹⁵⁹ Nederst på side 446 i dommen.

¹⁶⁰ Nazarian, s. 136. Lojalitetsprinsippet er lovfestet i en rekke land på kontinentet, blant annet Tyskland og Frankrike. Prinsippet er også nedfelt som en ufravikelig regel i PECL artikkel 1:201.

¹⁶¹ Nazarian, s. 136.

¹⁶² Holm s. 18. I norsk rett har Stang uttalt at ”[d]et krav man i hvert fall [kan] stille til rettsordenen [er] at den ikke skal hjelp og fremme det som er i strid med etikk”. Stang, JFT s. 387

Selv om partene ikke kan avtale at lojalitetsprinsippet ikke skal gjelde, kan partene i avtalen påvirke vurderingen av om en opptreden er illojalt.¹⁶³ Imidlertid vil også avtaleklausuler som regulerer grensen for lojalitetsprinsippet være gjenstand for det generelle lojalitetsprinsippet samt avtalelovens § 36.

3.6.3 Komparativt med engelsk rett

I engelsk rett har partene i en kontrakt ingen generell plikt til å ta hensyn til sin medkontrahents interesser, verken før eller etter kontraktsslutning.¹⁶⁴ Etter engelsk rett har hver av partene rett til å ivareta sine egne interesser, og lojalitetsprinsippet kommer i konflikt med denne retten.¹⁶⁵ Dette er en sentral forskjell på engelsk og norsk rett.

Dette skillet har sentral betydning for å forstå hvilke rettsvirkninger en NOA-klausul kan ha med forskjellige lands bakgrunnsrett. Partene har etter engelsk rett lov til å forfølge sin egen interesse innenfor kontraktens rammer. Hadde engelsk rett derfor først akseptert NOA-klausuler, ville partene i utgangspunktet ikke hatt noen plikt til unngå misbruk av klausulen til for eksempel spekulasjonsøyemed. Dette kan være noe av begrunnelsen for at domstolene finner og anvender andre regler for å unngå effekten til NOA-klausulen.

Også etter norsk rett er utgangspunktet at mindre aktverdige motiver ikke er til hinder for utøvelse av en kontraktsfestet rett.¹⁶⁶ Men etter norsk rett fører lojalitetsprinsippet til at partene ikke kan utnytte en kontraktsklausul på en illojal måte. En del av de uheldige konsekvensene av NOA-klausulen vil derfor kunne avskjæres med grunnlag i lojalitetsprinsippet. Dette drøftes nærmere i kapittel 4.

¹⁶³ Nazarian s. 137.

¹⁶⁴ Se for eksempel *Chapman v. Honig* [1963] 3 W.L.R. 19 side 32: "A person who has a right under a contract or other instrument is entitled to exercise it and can effectively exercise it for a good reason or a bad reason or no reason at all". Jf. Hagstrøm s. 73

¹⁶⁵ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128 side 138: "Each party is entitled to pursue his (or hers) own interest, so long as he avoids misrepresentations. A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating parties". Jf. Hagstrøm, s. 73.

¹⁶⁶ Hagstrøm s. 303.

3.7 Rimelighet

Et annet sentralt skille mellom engelsk og norsk rett er holdningen til rimelighet. Etter norsk rett kan det legges vekt på hvilket tolkningsresultat som er mest rimelig og rettferdig for partene i den konkrete tvisten.¹⁶⁷ Dersom et tolkningsalternativ fører til at en part pådrar seg store tap, kan domstolen velge et annet tolkningsalternativ til tross for at ordlyden klart taler for det første. Ved vurderingen av om et resultat er rimelig er det situasjonen på *tolkningstidspunktet* som skal legges til grunn, ikke situasjonen på *avtaletidspunktet*.¹⁶⁸

Hvis man spør en engelsk jurist om engelsk rett tar hensyn til rimelighet vil også han svare ja. Men i engelsk rett betyr ikke rimelighet at man skal komme frem til et rimelig resultat i den konkrete tvisten. I engelsk rett er det rimelig at resultatet blir slik partene har kunnet forutse at det skulle bli. For en engelsk jurist er det urimelig å ta hensyn til momenter som ikke kunne forutses på avtaletidspunktet dersom det går på bekostning av forutsigbarheten på avtaletidspunktet.¹⁶⁹ Kort fortalt er rimelighet det samme som forutsigbarhet i engelsk rett (sett fra avtaletidspunktet), mens det i norsk rett betyr rettferdig løsning på den konkrete tvisten (sett fra tolkningstidspunktet).

Generelt kan man si at hensynet til rimelighet i engelsk rett dermed taler for at NOA-klausuler får samme effekt i alle tilfeller, slik at virkningen av klausulen blir forutsigbar. Hensynet til rimelighet i norsk rett taler på den annen side for å avskjære klausulen i de tilfellene der resultatet blir urimelig, men ikke nødvendigvis i alle tilfeller.

3.8 Betydningen av UNIDROIT og PECL

UNIDROIT¹⁷⁰ og PECL¹⁷¹ er to internasjonale instrumenter som har en omfattende regulering av internasjonal kontraktsrett. Også No Oral Amendments-klausuler er

¹⁶⁷ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s. 171.

¹⁶⁸ Huser, s. 521.

¹⁶⁹ Dette kom frem i løpet av diskusjoner og seminarer i prosjektet.

¹⁷⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

¹⁷¹ Principles of European Contract Law.

behandlet i disse instrumentene. Disse prinsippene er ikke bindene på linje med konvensjoner eller traktater, men er anbefalte løsninger.¹⁷²

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ble utgitt i 1994, og bakgrunnen for utgivelsen av prinsippene var et ønske om å bidra til utviklingen av en felles internasjonal kontraktsrett.¹⁷³ UNIDROIT er i stor grad en generalisering av reglene i CISG, noe som styrker legitimiteten til prinsippene.¹⁷⁴

Principles of European Contract Law (PECL) er et forsøk på å kodifisere hovedprinsippene som ligger til grunn for europeisk kontraktsrett. I likhet med Restatement of the Law i USA er også PECL kommentert av anerkjente jurister innenfor europeisk kontraktsrett.¹⁷⁵ Til tross for at prinsippene er utviklet parallelt med UNIDROIT, er reguleringen i stor grad samsvarende. Dette kan styrke betydningen av prinsippene som rettskilde. I motsetning til UNIDROIT er PECL et privat initiativ, uten den samme formelle autoritet som UNIDROIT har.

PECL får imidlertid stadig større betydning innenfor EU. Arbeidet med en "Common Frame of Reference" (CFR) i den europeiske union bygger i stor grad på PECL. Målsetningen er at CFR senere skal benyttes til å forbedre koordineringen av eksisterende europeisk rett, og som utgangspunkt for fremtidig lovgivning.¹⁷⁶

UNIDROIT og PECL har først og fremst betydning i den grad partene selv har henvist til prinsippene eller til *lex mercatoria*¹⁷⁷. Dette gjøres imidlertid nesten aldri i praksis. Temaet for denne oppgaven vil imidlertid være hvilken betydning UNIDROIT og PECL kan ha som rettskilde dersom en kontrakt skal reguleres av norsk bakgrunnsrett og det ikke er henvist til prinsippene.

I norsk rett kan det imidlertid også være grunnlag for å tillegge UNIDROIT og PECL relevans selv om de ikke skulle være inkorporert i partenes avtale.¹⁷⁸ Dette bygger på en antakelse om at prinsippene gir uttrykk for internasjonalt anerkjente obligasjonsrettslige prinsipper som også er gjeldene i norsk rett.

Ved fortolkningen av klausuler som har internasjonalt opphav, som for eksempel integrasjonsklausuler og NOA-klausuler, kan det være særlig grunn til å vektlegge prinsippene. UNIDROIT og PECL er utviklet nettopp med tanke på å harmonisere den

¹⁷² Hagstrøm s. 61.

¹⁷³ Fortalen til UNIDROIT.

¹⁷⁴ Hagstrøm s. 63.

¹⁷⁵ Bergem m.fl. s. 461.

¹⁷⁶ Moss, Bokomtale av Utenrigshandelens Kontrakter, side 315.

¹⁷⁷ Heggberget og Nyland s. 279 og fortalen til UNIDROIT.

¹⁷⁸ "Den kvalitet som kjennetegner UNIDROIT Principles og den legitimitet som følger av å være et dokument vedtatt av alle medlemslandene, tilsier at de bør tillegges vekt". Hagstrøm s. 63.

internasjonale kontraktsretten, og for å oppnå dette er det blant annet gitt reguleringer som tar sikte på å forene kontraktsklausuler fra angloamerikanske og kontinentaleuropeiske rettstradisjoner.¹⁷⁹

Både UNIDROIT og PECL ligger nærmere civil law-rettstradisjonen enn common law. Harmoniseringen av common law kontraktsklausuler innebærer av den grunn i stor grad en tilpasning til civil law avtalerett (uten consideration) og tilpasning til prinsippet om good faith. Dette kan tale for at den harmoniseringen av kontraktsklausulene som UNIDROIT og PECL har foretatt, i utgangspunktet også er relevant for norsk rett.

Et annet moment som vil påvirke betydningen av UNIDROIT og PECL er om det finnes nasjonale rettskilder om problemstillingen. Ettersom stillingen til NOA-klausulen etter norsk rett er usikker, kan det tale for at prinsippene kan være et relevant tolkningsmoment.¹⁸⁰

Ved reguleringen av NOA-klausulen er imidlertid de to prinsippsettene PECL og UNIDROIT ulike. UNIDROIT¹⁸¹ forutsetter på den ene siden at klausulen kan avskjære endringer som ikke er i samsvar med klausulen med mindre partene har innrettet seg etter endringen. På den annen side skaper klausulen i henhold til PECL¹⁸² kun en presumpsjon for at det ikke er meningen å inngå en bindende avtale med mindre formkravene er fulgt. Prinsippsettene regulering av denne klausulen gir dermed ikke et klart og entydig uttrykk for en internasjonalt anerkjent regulering av denne klausulen. Snarere tvert imot avslører

¹⁷⁹ ”Prinsippene kan gi grunnlag for en rimelig tilpasning av norsk kontraktspraksis og kontraktsklausuler som er blitt transplantert til norsk rett fra fremmede rettsystemer. [...] Problemer med transplantasjon er velkjent internasjonalt, og i UNIDROIT Principles er det gitt en rekke reguleringer som tar sikte på å forene kontraktsklausuler av anglo-amerikansk opphav med kontinentaleuropeiske rettstradisjoner”. Hagstrøm s. 63.

¹⁸⁰ Jf Heggberget og Nyland s. 304.

¹⁸¹ UNIDROIT artikkel 2.18: “A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct.”

¹⁸² PECL artikkel 2:106 lyder: “(1) A clause in a written contract requiring any modification or ending by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is in writing”.

PECL og UNIDROIT den usikkerhet som preger NOA-klausulen internasjonalt.

Argumentet om at PECL og UNIDROIT bør tillegges betydning fordi de gir uttrykk for internasjonalt anerkjente obligasjonsrettslige prinsipper gjør seg dermed ikke gjeldene.

4 NO ORAL AMENDMENTS - KLAUSULER I KONTRAKTER UNDERLAGT NORSK RETT

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg drøfte virkningene av No Oral Amendments-klausuler i kontrakter som er underlagt norsk rett. Temaet for kapittelet er klausulenes betydning i individuelt fremforhandlede kommersielle avtaler med profesjonelle parter på begge sider. Spørsmål om vedtagelse av standardvilkår og hensynet til den svakere part vil derfor ikke bli behandlet her.¹⁸³

Som vi har sett i kapittel 3 er det flere sider ved norsk rett som kan føre til at NOA-klausuler får andre virkninger i norsk rett enn i engelsk rett. I engelsk rett var det nokså gitt hvilke virkninger man forsøkte å oppnå med klausulen. Problemstillingen var egentlig derfor bare om denne virkningen var forenlig med common law. Etter norsk rett er det ikke like opplagt hvordan klausulen skal tolkes isolert sett.

I kapittel 3 så vi også at norsk rett ikke har noen absolutte skranker som umiddelbart synes å forhindre at NOA-klausulen kan ha den virkningen som ordlyden legger opp til. Tvert imot er utgangspunktet etter norsk rett at partene kan avtale hvordan avtaler skal inngås. På den annen side kan prinsippet om lojalitet og hensynet til rimelighet likevel føre til at klausulen må sensureres.

¹⁸³ Jf. prosjektets formål som er omtalt i kapittel 1.

Hovedproblemstillingen

Det er etter dette ikke åpenbart hvilke virkninger NOA-klausulen kan ha etter norsk rett. NOA-klausuler inntatt i kontrakter som reguleres av norsk rett reiser flere problemstillinger, som skal drøftes i det følgende. Det mest sentrale spørsmålet er om klausulen kan avskjære endringsavtaler som ikke møter formkravene i klausulen. En del av denne problemstillingen er om en tolkning av klausulen fører til at alle endringer i strid med avtalen skal avskjæres eller om klausulen kun er en presumpsjonsklausul eller en retningslinje til partene.

Denne problemstillingen har betydning på to stadier. Det første stadiet er før oppfyllestidspunktet har inntrådt. På dette stadiet vil spørsmålet være hvilken kontrakt som skal oppfylles, den opprinnelige eller den endrede. Det andre stadiet er etter oppfyllelse. Her vil tvistene dreie seg om kontrakten er riktig oppfylt og om vederlagsforpliktelsen for arbeid som er utført i henhold til en endringsavtale som ikke følger formkravene.

Andre problemstillinger

I tillegg til hovedproblemstillingen er det en del mindre problemstillinger som også drøftes nedenfor. For det første kan det være usikkert hva som ligger i et krav om skriftlighet. Denne problemstillingen er avhengig av hvordan klausulen er formulert, men jeg vil likevel kort drøfte enkelte spørsmål knyttet til hva som må til for å oppfylle skriftkravet.

En annen problemstilling er hvor langt klausulen rekker. Etter sin ordlyd rammer den alle endringer og tillegg til avtalen. Det kan likevel være grunn til å problematisere hvorvidt klausulen virkelig rammer enhver detaljendring, eller om det primært er de større

endringene i kontrakten den tar sikte på. Det kan også være usikkert hva som er et tillegg til avtalen og hva som er en ny avtale.¹⁸⁴

To dimensjoner

Problemstillingene som drøftes i dette kapittelet har to sider. Den ene siden av spørsmålet hva som skjer når to fysiske personer – eller to toppledere - endrer en avtale som de selv har inngått med en NOA-klausul. Den andre siden av problemstillingen er fullmaktsspørsmålene. Spørsmålet her er hvilken betydning det har for den rettslige behandlingen at endringene blir foretatt av en representant for selskapet.

4.2 Skriftkravet

Krav til signatur

Det sentrale elementet i NOA-klausulen er at endringer må være skriftlig for at de skal være bindene. En normal fortolkning av et slikt skriftkrav er at det skal være nedfelt på et papir og signert av begge parter. Dette gjelder særlig dersom det også følger av klausulen at endringen skal være signert av begge parter. I motsatt fall kan det være tvilsom hva som skal til for å oppfylle kravet til skriftlighet.

En situasjon hvor dette kan komme på spissen er hvis avtaledokumentet blir sendt på e-post fra den ene parten til den andre, og den andre bekrefter at de er enige. Det samme gjelder om de nye vilkårene sendes i posten, og blir bekreftet muntlig via telefon eller skriftlig på e-post.

I UNCITRALs modellov for voldgiftsavtaler¹⁸⁵ er kravet til skriftlighet regulert på følgende måte:

¹⁸⁴ I engelsk rett er det å tolke noe som en selvstendig avtale en kjent måte å omgå for eksempel entire agreement-klausuler. NOA-klausulene behandles ofte sammen med såkalte forbud mot sideløpere som tar sikte på å avskjære nettopp denne problemstillingen.

An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.¹⁸⁶

Etter denne bestemmelsen er kravet til skriftlighet oppfylt om partene har avtalt voldgift via e-post. Et annet alternativ er å anse kravet til skriftlighet som oppfylt dersom partene avtaler endringen på den måte som de vanligvis å inngå avtaler. Dersom partene normalt sender dokumenter frem og tilbake via e-post og bruker elektroniske signaturmetoder, så er vilkåret oppfylt om partene har gjort det samme i dette tilfellet. På den annen side kan det tale imot at vilkåret er oppfylt om partene ikke tidligere har brukt e-post.

Bruk av elektronisk kommunikasjon og signering er ikke regulert særskilt i norsk rett. UNCITRAL har gitt en modellov fra 2001 som forsøker å regulere virkningen av e-signatur.¹⁸⁷

NOA-klausulen er såpass inngripende i partenes avtalefrihet, og kommer lett i strid med lojalitetsprinsippet, noe som taler for at skriftkravet ikke bør tolkes altfor strengt. Dersom partene selv er av den oppfatning at skriftkravet i en gitt situasjon er oppfylt, er dette et moment som etter min mening bør tillegges stor vekt ved tolkningen av klausulen. Den teknologiske utviklingen taler også for at skriftkravet bør tolkes dynamisk i tråd med de etterfølgende omstendighetene.

Uimotsagt skriftlig bekreftelse på muntlig overenskomst.

Dersom partene på telefon blir enige om en endring, og den ene parten deretter sender en skriftlig bekreftelse på dette til motparten uten at den andre besvarer denne bekreftelsen, blir spørsmålet om dette er nok til å tilfredsstille skriftkravet i NOA-klausulen. Etter ordlyden er dette ikke nok. Klausulen forutsetter at begge parter skal ha signert på endringen. Dette gjelder i utgangspunktet helt objektivt.

¹⁸⁵ 2006 - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
(http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

¹⁸⁶ artikkel 7 (3).

¹⁸⁷ 2001 - UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, tilgjengelig på
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

Gode grunner taler imidlertid for at dersom for eksempel en realkreditor skriftlig bekrefter en bestilling på ytterligere arbeider han ønsker gjort samt prisen på denne, så kan ikke denne senere nekte å betale med det grunnlag at endringen ikke var bindene. Hensynet bak klausulen, å sikre forutberegnlighet og kostnadskontroll, ivaretas selv om bare den part som pådrar seg ekstrakostnaden har signert på ordrebekreftelsen.

Denne problemstillingen kan imidlertid løses på flere måter. En måte er å tolke klausulen innskrenkende slik at signaturkravet blir ansett for å være oppfylt i dette tilfellet. Men retten til å påberope seg klausulen kan også gå tapt på grunn av lojalitetsplikten i kontraktsforhold eller passivitet. Dette er behandlet nedenfor i punkt 4.6

På den annen side kan antakeligvis realdebitor påberope seg denne klausulen dersom han aldri utfører arbeidene som ble omtalt i bekreftelsen. Han kan hevde at den muntlige avtalen aldri ble bindene fordi han aldri signerte endringsavtalen i henhold til klausulen.

Også her kan det imidlertid tenkes at retten til å påberope seg klausulen går tapt av andre grunner, for eksempel passivitet eller kravet til lojalitet.

4.3 Virkeområde – hvilke endringer rammes

4.3.1 Innledning

En NOA-klausul tas som regel med i avtalen for å sørge for at endringer skjer skriftlig. Temaet for dette punktet er hvilke endringer som rammes. Rammes alle endringer uavhengig av viktighet, eller kun større og mer betydelige endringer? Og hva er egentlig endringer i avtalen og hva er en ny avtale? Dette er problemstillinger som skal drøftes i det følgende.

4.3.2 Dispositivt avkall og oppsigelse av avtalen

Opphør av hele avtalen

Etter ordlyden er det kun endringer og tillegg til avtalen som omfattes av klausulen.

Opphør av avtalen omfattes ikke av klausulens ordlyd. I engelsk og amerikansk rett tolkes dette slik at partene står fritt til å si opp avtalen muntlig. Det kan være problematisk i forhold til hensynet til forutberegnlighet at klausulen ikke omfatter opphør av avtalen.

Dette gjelder særlig i større kontrakter og dersom kontraktene blir overtatt av en tredjepart.

På den annen side er det noe annet å kunne stole på at kontraktsdokumentet gir riktig uttrykk for avtalen og på at kontrakten faktisk er gjeldene mellom partene. Videre gir heller ikke klausulen inntrykk av at den krever skriftlig oppsigelse av avtalen. Det må derfor være klart at opphør av avtalen ikke rammes av klausulen.

Opphør av enkeltklausuler

Imidlertid bør klausulen omfatte permanente avkall av enkeltvilkår i avtalen. En avtale om at en klausul ikke lenger skal gjelde er helt klart en endring av avtalen. De samme hensynene knyttet til forutberegnlighet og overdragelse til tredjeparter gjør seg gjeldene uansett om endringen gjelder tillegg, endring eller opphør av enkeltklausuler. Det sentrale momentet er at kontraktsdokumentet skal gi et korrekt uttrykk for den gjeldene avtalen mellom partene.

Midlertidig suspensjon av enkeltklausuler

En tredje mulighet er at en part lover å ikke håndheve en klausul i en begrenset periode. Et slikt løfte om å ikke håndheve en klausul er ikke en endring av avtalen, men kun et forhåndsavkall av klausulen i en konkret situasjon. Forskjellen mellom et slikt avkall og en bindende endring er at et avkall kan trekkes tilbake for fremtiden, mens en endring er

permanent bindene. NOA-klausulen innebærer derfor ikke noe krav om at slike avkall må være skriftlige.¹⁸⁸

Den nøyaktige grensen mellom midlertidig avkall og permanent endring kan imidlertid være vanskelig å trekke. Avtaler for eksempel partene at en klausul ikke skal gjelde de neste to årene, er det naturlig å anse dette som en endring som må være skriftlig. Et sentralt moment i vurderingen vil etter min mening være om avkallet kan trekkes ensidig tilbake. Hvis avkallet ikke kan trekkes tilbake er det grunn til å kreve skriftlighet, i hvert fall hvis det skal gjelde for en ikke ubetydelig tidsperiode.

4.3.3 Også detaljer eller kun større endringer?

Problemstillingen

NOA-klausuler er særlig vanlige i store, komplekse avtaleforhold. Som nevnt tidligere er hovedformålet med klausulen å bevare den forutberegnlighet som skriftlighet gir, blant annet ved å sikre kostnadskontroll og kunnskap om endringer og nøyaktig hva endringene består i. Det er klart at dersom det skal avtales omfattende endringer i kontrakten rammes dette av klausulen, men rammes også enhver endring av detaljene?

Det kan for eksempel tenkes at det i kontrakten står at det skal brukes materialer av et bestemt merke eller fra en bestemt leverandør. Under utføringen av kontrakten viser det seg imidlertid at det merket er utsolgt, men at materiale av tilsvarende kvalitet fra et annet merke er tilgjengelig til samme pris. For ikke å tape tid ringer realdebitor til kreditor for å høre om det er greit at han går for det andre merket, og kreditor aksepterer dette. Det kan være uklart om partene har ment at også slike detaljspørsmål som verken påvirker pris eller kvalitet på kontraktsgjenstanden skal omfattes av NOA-klausulen.

¹⁸⁸ Rettsvirkningene og formkrav for avkall reguleres ofte av en "No Waiver"-klausuler. Denne klausulen er behandlet av Fredrik Skribeland i en annen avhandling innenfor prosjektet, jf punkt 1.5.4.

Til tross for at dette spørsmålet kan virke noe konstruert, kan det få store økonomiske konsekvenser. Det kan for eksempel tenkes at kreditor har en avtale med produsenten av det opprinnelige merket, og at endringen førte til at den avtalen ble misligholdt. Et annet scenario er at det i etterkant viser seg at kvaliteten på det nye merket var dårligere enn antatt og at problemstillingen derfor kommer på spissen i et mangelsøksmål. Det kan også tenkes at kreditor havner i pengeknipe og må prøve alle tenkelige måter å bli kvitt forpliktelsen på.

Tolkning

Hvilke endringer som rammes av klausulen må bero på en tolkning av den. Ordlyden i denne klausulen kan være som dette: *"No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties"*.¹⁸⁹ Det er ingen begrensninger i klausulen i forhold til hvilke endringer som rammes. For å ta ytterpunktene rammer ordlyden alt fra oppretting av skrivefeil til store strukturelle endringer som totalt endrer avtalens karakter.

Et av formålene med NOA-klausulen er å sikre kontroll med kostnadene. Dette hensynet gjør seg særlig gjeldene ved store endringer i avtalen. Ved endringer av små detaljer som ikke påvirker prisen eller kvaliteten vil det ikke være et like stort behov for skriftlighet i forhold til hensynet om kostnadskontroll. På den annen side viser scenarioet ovenfor at også slike små detaljspørsmål kan få store økonomiske konsekvenser.

Hensynet til effektiv gjennomføring av kontrakten står imot hensynet til kostnadskontroll. Det vil alltid være behov for å endre en del detaljer, og et krav om skriftlighet for enhver liten endring vil i en del kontrakter kunne være et hinder for fremdriften i prosjektet. Dette gjelder særlig i byggekontrakter. Dette kan tale for å tolke klausulen innskrenkende slik at det kun større endringer som rammes.

¹⁸⁹ Jf punkt 1.3.3.

Ved *endringer* av punkter som er tatt med i den opprinnelige avtalen taler likevel mye for at klausulen er ment å omfatte også endringer av små detaljer. For det første er det som regel en grunn til at partene har valgt å regulere den nevnte detaljen. Det kan for eksempel være avtaler med tredjeparter som har gjort detaljreguleringen nødvendig. Her veier hensynet til kontroll og å unngå mislighold sterkere enn effektivitetshensyn. For det andre er det ugunstig dersom det er motstrid mellom avtaledokumentet og den gjeldene avtale. Også dette taler mot en innskrenkende tolkning av klausulen på dette punktet

Også for muntlige *tillegg* til avtalen er det prinsipielt sett ugunstig for partene at avtaledokumentet ikke gir et fullstendig bilde av hva som er den gjeldene avtalen, men det er ikke like ille som at det gir et feilaktig bilde av avtalen. Videre vil tillegget være et punkt som partene ikke fant grunn til å ta inn i avtalen i første omgang. Det kan derfor være aktuelt å avgrense klausulen mot tilleggsregulering av detaljer av liten betydning. På den annen side skal ordlyden tillegges stor vekt i kommersielle avtaler, noe som taler for at også disse tilleggene rammes av klausulen.¹⁹⁰ For tillegg til avtalen vil også hensynet til kostnadskontroll tale for at disse blir gjort skriftlig, dette gjelder særlig dersom kostnadene ved tilleggene er betydelige, men også flere små tillegg kan bli til store summer.

Drøftelsen ovenfor viser at det til tross for at ordlyden omfatter alle endringer i en del tilfeller kan være gode grunner som taler for at mindre endringer må skje raskt og effektivt. Dette kan tale for å tolke klausulen innskrenkende slik at disse endringene ikke rammes av klausulen.¹⁹¹ Dette gjelder særlig dersom endringen ikke har betydning for avtalen som helhet eller for kostnadsstyringen.

På den annen side vil et skille mellom endringer som påvirker kostnadsstyringen og de som ikke gjør det svekke forutberegnligheten. For det første vil det være uklart hvor grensen mellom de endringer som kan gjøres muntlig og de endringer som må være skriftlige skal

¹⁹⁰ Rt. 2002 s. 1155.

¹⁹¹ Se mer om innskrenkende tolkning i punkt 4.4.10.

trekkes. For det andre vil enhver muntlig endring svekke kontraktsdokumentets karakter av å være den fulle og hele avtale mellom partene.

Et slikt skille vil dermed bidra til å svekke et av hovedformålene med NOA-klausulen. Disse hensynene veier etter min mening tyngre enn hensynet til effektivitet. Etter min mening bør derfor NOA-klausuler i utgangspunktet tolkes slik at ethvert tillegg eller endring til avtalen omfattes av formkravene. Uheldige konsekvenser av en slik streng tolkning bør heller avhjelpes på andre måter.¹⁹²

4.3.4 Tillegg til avtalen eller ny, selvstendig avtale

Det er kun endringer og tillegg til den avtalen klausulen gjelder i som blir avskåret. Klausulen kan ikke forhindre at partene inngår nye selvstendige muntlige avtaler. Det kan derfor oppstå tvilsspørsmål i grenseområdet mellom disposisjoner som er tillegg til en eksisterende avtale og disposisjoner som er en ny selvstendig avtale.

Hovedsynspunktet må her være at avtaler som gjelder den samme kontraktsgjenstanden og eller det samme kontraktsforholdet, så er det et tillegg til den eksisterende avtalen. Gjelder det på derimot en helt ny kontraktsgjenstand er det en selvstendig avtale.

Dette kan imidlertid ikke følges opp konsekvent. I noen tilfeller kan det være hensiktsmessig å anse disposisjonen som et tillegg til eller en endring av den eksisterende avtalen fremfor som en egen avtale. Et eksempel på denne problemstillingen kan være endringen av antallet i en bestilling.

På den ene siden kan dette godt være en endring av antallet i den eksisterende avtalen, men på den annen side kan det også anses det som en ny, selvstendig bestilling på de samme vilkår som den forrige bestillingen.

¹⁹² Se punkt 4.6.

Dersom leveringen skjer i to leveranser, en for det opprinnelige partiet og en for det nye partiet, er det et moment for å anse den nye disposisjonen som en selvstendig avtale. Men dersom leveransene skjer etter hvert, og man i realiteten bare øker antallet leveranser før kontrakten er oppfylt, så er det etter min mening mer hensiktsmessig å anse dette som en endring av den eksisterende avtalen.

4.4 Konstituerende virkning eller kun presumpsjonsvirkning

4.4.1 Innledning

I engelsk rett har en av hensiktene med NOA-klausuler vært å unngå enhver tvist vedrørende påståtte muntlige avtaler, ved at bevis vedrørende en slik muntlig avtale kunne avskjæres.¹⁹³ Denne effekten av klausulen har imidlertid vist seg å ikke være mulig å oppnå i engelsk rett, og den er neppe mulig å oppnå i norsk rett.¹⁹⁴

Temaet for dette kapittelet er hvordan NOA-klausulen skal tolkes i kontrakter som reguleres av norsk bakgrunnsrett. Av fremstillingstekniske årsaker har jeg valgt å dele drøftelsen i tre deler. I denne delen er utgangspunktet hvordan klausulen kunne ha blitt tolket etter norske tolkningsprinsipper dersom den kunne ha blitt tolket i et vakuum. I de neste punktene (4.5 og 4.6), drøfter jeg om en slik tolkning er kompatibel med grunnleggende regler i bakgrunnsretten som for eksempel lojalitetsprinsippet og avtalelovens § 36.

Det er i utgangspunktet to tolkningsalternativer som er aktuelle for tolkningen av en NOA-klausul. De to tolkningsalternativene er som følger:

Alternativ 1, "Konstituerende virkning": Det er en betingelse for at endringsavtalen skal bli bindene at formkravene i klausulen er oppfylt. Dersom formkravene ikke er oppfylt er

¹⁹³ Det er som tidligere nevnt lite litteratur om NOA-klausuler i engelsk rett, men dette momentet var blant annet fremme i den tidligere omtalte World Online-saken, jf kapittel 2.3.

¹⁹⁴ Se punkt 3.5.

endringen ikke bindene. En litt annen innfallsvinkel er å si at skriftkravet blir en gyldighetsbetingelse.¹⁹⁵ Det er imidlertid ikke sikkert at brudd på formkravet nødvendigvis skal føre til ugyldighetsvirkninger. Ved å benytte begrepet ”konstituerende virkning” ønsker jeg å vise at klausulen etter dette tolkningsalternativet kun fører til at endringen ikke blir bindene.

Alternativ 2, ”Presumpsjonsvirkning”: Klausulen skaper en presumpsjon for at partene ikke har ment å endre avtalen med mindre de har nedfelt endringen i samsvar med formkravene i klausulen.

Et tredje alternativ er å tolke klausulen som en plikt til å nedfelle endringer skriftlig, men at det ikke er nedtegnelsen som er rettsstiftende. Dette tolkningsalternativet fremheves av Stang¹⁹⁶ ved tolkning av avtaler om at det skal opprettes skriftlig kontrakt. Dette alternativet fremstår imidlertid som et lite aktuelt alternativ ved tolkning av den typen klausuler som det her er tale om.

4.4.2 Ordlyden

I og med at NOA-klausuler er noe ulikt utformet, kan ordlyden trekke i retning av begge de tolkningsalternativene som er nevnt innledningsvis. I de fleste tilfeller er imidlertid ordlyden i klausulen ikke så langt unna det som fremgår av eksempelklausulene i kapittel 1 i oppgaven.

Eksempelklausul 1¹⁹⁷ trekker etter min mening klart i retning av at klausulen har konstituerende virkning, og at avtaleendringer som ikke er i samsvar med formkravene skal avskjæres. Det fremgår klart av klausulens ordlyd at en endring ikke skal ”take effect” med mindre den er skriftlig og signert av begge parter.

¹⁹⁵ Hov benytter denne terminologien om formkrav enten de er avtalte eller lovfestede, jf. Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet* s. 135-136.

¹⁹⁶ Stang, *Innledning til Formueretten* s. 278 jf Huser s. 109 note 245.

¹⁹⁷ Eksempelklausul 1: ”*No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties*”. Jf punkt 1.3.

Den andre eksempelklausulen¹⁹⁸ er etter min mening ikke like klar. Denne klausulen spesifiserer ikke hva som skal være konsekvensen av formbrudd, den bare beskriver hvordan endringer kan foretas ("may be modified"). Selv om ordlyden ikke er like klar som i den andre klausulen, trekker også denne etter min mening i retning av tolkningsalternativ én. En nærliggende måte å forstå klausulen på er å tolke den antitetisk, slik at utgangspunktet er at avtalen er endelig, men at den kan endres dersom formkravene oppfylles.

Selv om utgangspunktet i norsk rett er at ordlyden er av sentral betydning, og selv om ordlyden er særlig viktig i kommersielle avtaleforhold, må betydningen av ordlyden likevel ikke overdrives ved tolkning av NOA-klausuler. NOA-klausulen er en typisk boilerplate-klausul,¹⁹⁹ og ordlyden har sjelden vært tema for særskilte forhandlinger. Betydningen av den konkrete vurderingen av ordlyden vil derfor måtte sees i sammenheng med den partens oppfatning av klausulen.

4.4.3 Partenes oppfatning av klausulen

Årsaken til at ordlyden i boilerplate-klausuler ikke er gjenstand for forhandlinger mellom partene, er at klausulene er standardiserte og utviklet gjennom lang tid. Partene har en overordnet oppfatning om hvilken virkning som følger av klausulen, og forutsetter bare at dette stemmer. Denne oppfatningen stammer gjerne fra klausulens virkning i common law rettssystemet. Selv om hovedregelen i norsk rett er at kontraktsvilkår utformet på engelsk skal tolkes på samme måte som norske kontraktsvilkår, vil den opprinnelige engelske bakgrunnsretten – innenfor rammene av norsk rett – ha en viss betydning for tolkningen av boilerplate-klausuler.²⁰⁰ Dette kan begrunnes i at partene har en oppfatning av hvordan klausulen fungerer i engelsk rett, og ønsker å oppnå samme virkning her.

¹⁹⁸ Eksempelklausul 2: *"This Agreement may be amended or modified in whole or in part at any time by an agreement in writing executed in the same manner and by the same persons as this Agreement"*.

¹⁹⁹ Se kapittel 1.

²⁰⁰ ND 1983 s. 309 jfr. Selvig s. 4-5.

I engelsk kommersiell praksis blir klausulen forstått slik at den avskjærer muntlige endringer.²⁰¹ Allerede navnet på NOA-klausulen, som kan oversettes til ”ingen muntlige endringer”, viser dette. Dette er relevant, selv om vekten av argumentet svekkes mye av at klausulen rent faktisk ikke kan ha denne effekten i engelsk rett. Det er en utbredt oppfatning, også i blant jurister i England, at klausulen kan ha konstituerende virkning.

4.4.4 Formålet med å innta klausulen i kontrakten

I de tilfellene der en kontraktsklausul kan tolkes på flere måter, vil det være av betydning for tolkningen om et av tolkningsalternativene ivaretar formålene med klausulen bedre enn de andre.²⁰²

Hovedformålene til NOA-klausuler er å sikre forutberegnlighet i kontraktsforholdet, holde kontroll på kostnader og unngå tvister vedrørende påståtte endringer.²⁰³ Disse formålene oppnås best dersom klausulen har konstituerende virkning. Hvis formkravene kun skaper en presumpsjon vil det likevel kunne oppstå tvister og usikkerhet. Prosessøkonomi taler altså for å ta klausulen på ordet.

På den annen side vil også tolkningsalternativ to i stor grad bevare partenes ønske om å avskjære påstander om endringer som ikke kan bevises. Selv om klausulen ikke tolkes så vidt at den avskjærer enhver muntlig endring av avtalen, vil den likevel kunne avskjære de endringene som ikke kan dokumenteres eller hvor bevisene for endringen er utydelige eller svake.

Ønsket om å sikre forutberegnlighet ivaretas etter min oppfatning likevel best ved tolkningsalternativ én. På denne måten blir enhver tvist vedrørende eksistensen av endringer stoppet uten at det blir behov for tvisteløsning. Dersom klausulen kun flytter

²⁰¹ Se kapittel 2.

²⁰² Jf. for eksempel Haaskjold s. 122-124.

²⁰³ Se for eksempel, Håstad s. 261, Krüger s. 475 i norsk rett og Rose, Commercial Lawyer s. 29 og Hillman s. 449 i engelsk rett.

bevisterskelen, vil man likevel kunne få en tvist knyttet til bevisspørsmålet. Dette er unødvendig hvis endringen uansett ikke er bindene.

Allerede nå vil jeg imidlertid nevne at en slik absolutt konstituerende virkning i en del tilfeller antakelig må begrenses av blant annet lojalitetsprinsippet. Formålet vil av denne grunn ikke være fullt ut realiserbart uansett. Dette drøftes nedenfor i punkt 4.5 og 4.6.

4.4.5 Hensynet til tredjeparter

Hensynet til tredjeparter er nok et moment som tilsier at formkrav i NOA-klausuler bør tolkes konstituerende. Tredjeparter kan komme inn i avtalen for eksempel ved at det selskapet som opprinnelig var part fusjonerer med et annet selskap eller blir kjøpt opp. Tredjeparten kan også komme inn i avtalen etter en konkurs eller gjennom overdragelse av selve kontraktsposisjonen. Uansett vil det være viktig for tredjeparten at han blir kjent med kontraktens vilkår, verdi og risiko. Eventuelle muntlige endringer – enten de beviselig er avtalt eller ikke – vil svekke transparensen. Ved å tolke klausulen i samsvar med tolkningsalternativ én, slipper tredjeparten overraskende påstander fra den annen part om at avtaleforholdet er endret.

Hensynet til tredjeparter var et av momentene som ble tillagt vekt av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1155. I den saken uttalte Høyesterett at en objektiv forståelse av ordlyden må tillegges særlig vekt i kommersielle avtaleforhold, og begrunnet det blant annet med at tredjeparter ofte måtte forholde seg til slike avtaler.

Rt. 2002 s. 1155: ”At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer. Jeg antar også at det er riktig, som fremholdt av den ankende part, at betydningen av en fortolkning basert på avtalens ordlyd kan være økende. Det forekommer formentlig ofte at tredjeparter må forholde seg til avtalte rettigheter, enten i forbindelse med garanti- eller sikkerhetsstillelse eller ved overdragelser, for eksempel av fast eiendom med tilknyttete utleieavtaler. Hensynet til tredjeparter taler for en objektiv fortolkning basert på avtalens tekst. Jeg viser i så måte til Rt-1998-1584, som riktignok gjaldt tolkning av selskapsvedtekter ved forkjøpsrett til aksjer.”

De argumentene som Høyesterett her gjør gjeldene for en objektiv fortolkning av avtalens tekst, gjør seg like sterkt gjeldene ovenfor kontrakter som gir uttrykk for at det ikke finnes muntlige endringer av avtalen. Hensynet til tredjeparter er etter min mening derfor et sterkt argument for å tolke klausulen i samsvar med alternativ én.

4.4.6 Operasjonshensynet

Et annet hensyn som vanligvis vektlegges ved tolkning av avtaler er operasjonshensynet. Dette hensynet går ut på at det har formodningen mot seg at en klausul i partenes avtale skal være virkningsløs, og at klausulen derfor må tolkes i samsvar med det tolkningsalternativet som gir klausulen virkning.²⁰⁴ En tolkning av NOA-klausulen i samsvar med tolkningsalternativ to, presumpsjonsvirkning, vil ha liten praktisk effekt all den tid det uansett er en presumpsjon mot at viktige avtaler blir inngått eller endret muntlig. På den annen side kan klausulen ha praktisk virkning ovenfor dem som skal praktisere avtalen, og derfor ha virkning også under tolkningsalternativ 2.

Klausulen kan for så vidt også ha virkning uavhengig av skriftkravet, ved at det legges særlig vekt på den delen av klausulen som regulerer hvem som har kompetanse til å endre avtalen.²⁰⁵ Klausulen blir derfor i realiteten operativ under begge tolkningsalternativene.

Et tredje moment er at partene ofte ikke har tenkt spesielt grundig gjennom klausulens funksjon i avtalen. Klausulen er klippet og limt inn fra standardklausuler uten å være gjenstand for forhandlinger.²⁰⁶ Det er derfor ikke grunn til å legge spesielt stor vekt på operasjonshensynet ved tolkning av NOA-klausuler.

²⁰⁴ Huser, s. 509.

²⁰⁵ Se særlig eksempelklauselel nr 2, Men også for eksempelklauselel 1 kan dette være relevant, spesielt dersom avtalen i et annet punkt spesifiserer hvem som skal regnes som autoriserte.

²⁰⁶ Jf. punkt 1.3.2.

4.4.7 Hensynet til lojalitet

Lojalitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett, som også må vektlegges ved tolkning av avtaler. Hov uttrykker prinsippet som at man skal velge det mest rimelige og rettferdige tolkningsalternativet.²⁰⁷ Dette er et utslag av prinsippet om lojalitet, men i denne sammenhengen som et tolkningsprinsipp og ikke som et grunnlag for sensur.

Dersom det kan dokumenteres at partene har inngått en muntlig endringsavtale og innholdet i denne, kan det virke urimelig om en klausul fra en avtale som kanskje ble inngått flere år tilbake skal forhindre denne endringen. Dette argumentet taler sterkt for tolkningsalternativ nr 2.²⁰⁸ Særlig i de tilfellene der partene har ment å endre avtalen vil lojalitetsprinsippet tale sterkt for at klausulen ikke skal avskjære endringen.

I tillegg til at lojalitetsprinsippet er et sterkt moment i favør av tolkningsalternativ to, kan lojalitetsprinsippet også påvirke rekkevidden av klausulen dersom den tolkes i samsvar med tolkningsalternativ nr 1. Dette drøftes nedenfor i punkt 4.5 og 4.6.

4.4.8 ND 1989 s. 379

I en sak fra Frostating lagmannsrett i 1989²⁰⁹ kom lagmannsretten til at ”også ikke skriftlig avtale om tilleggs- eller endringsarbeider må aksepteres i den utstrekning det kan sannsynliggjøres at slike avtaler er uttrykkelig eller stilltiende inngått”²¹⁰ til tross for at avtalen krever at slike tilleggsarbeider skal avtales skriftlig.

²⁰⁷ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s. 43, jf Skribeland s. 71.

²⁰⁸ Krüger s. 54 i note 45 og s. 474-475 går langt i denne retningen under henvisning til avtalelovens § 36. I de kommersielle avtaler som er tema for denne avhandlingen er imidlertid domstolene meget restriktive med å anvende avtalelovens § 36, og dette har vel i praksis ikke forekommet en eneste gang de siste årene. Erling Selvig gikk så langt som å si at ”avtalelovens § 36 er død i kommersielle forhold” (Foredrag: ’Streiftog i maximen ’Kontrakter skal tillegges rettsvirkning etter sitt innhold’” i januar 2008, disposisjon på: http://www.juristforeningen.no/fagstyret_mappe/selvig.doc) Mer om avtalelovens § 36 nedenfor.

²⁰⁹ ND 1989 s. 379, jf Barbo s. 186.

²¹⁰ Side 384 i dommen.

Saken gjaldt spørsmålet om en underentreprenør kunne kreve betaling av verftet for tilleggsarbeider som ikke var bestilt skriftlig, selv om avtalen krevde at forandringer som medførte endring i pris skulle avtales skriftlig. Verftet hadde ikke bestilt ekstraarbeidene, men det ble antatt at rederen hadde bedt om å få dem utført. Underentreprenøren hadde ingen kontraktsforbindelse direkte med rederen.

Resultatet i saken ble at underentreprenøren hadde krav på betaling for de endringsarbeidene som ble muntlig avtalt med rederen. Lagmannsretten begrunnet i veldig liten grad hvorfor de mente at endringen skulle være bindene, de konkluderte bare med at ”muntlige eller stilltiende avtaler” måtte godtas så lenge de kunne sannsynliggjøres. Denne dommen taler for at NOA-klausuler tolkes i samsvar med tolkningsalternativ to.

I referatet fra avgjørelsen til Herredsretten kommer det imidlertid frem at kravet til skriftlighet ikke var blitt overholdt ved andre tilfeller heller. Dette er momenter som etter min mening fører til at skriftkravet kan ha blitt en ”sovende trussel”,²¹¹ eller at retten til å påberope seg skriftkravet har falt bort på grunn av etterfølgende forhold.²¹² Selv om dette ikke ble uttrykt direkte i dommen kan det ha hatt betydning for tolkningen av klausulen.

4.4.9 Oppsummering

Begge de to tolkningsalternativene er etter en isolert tolkning av klausulen mulige. Det avgjørende for hvilken tolkning som velges er hvordan de ulike momentene blir avveid mot hverandre.

I kommersielle kontraktsforhold skal avtaleteksten tillegges mye vekt. Ordlyden trekker etter min mening klart i retning av at skriftkravet i NOA-klausulen må tolkes konstituerende, slik at alle endringer som ikke er foretatt i samsvar med klausulen skal avskjæres. Lovverket åpner for at partene avtaler egne disposisjonskriterier, og det skal godt gjøres å formulere disposisjonskriteriene tydeligere enn NOA-klausulen gjør. Dette

²¹¹ Jf. punkt 4.6.4.

²¹² Se punkt 4.6.2 om etterfølgende omstendigheter som tolkningsmoment.

veier etter min mening tungt. Tolkningalternativ en støttes også opp av klausulens navn, ”No Oral Amendments” og av hvordan klausulen blir tolket i engelsk og amerikansk rett. Hensynet til tredjeparter, forutberegnlighet og prosessøkonomi er andre tungtveiende momenter som taler for å tolke klausulen på den måten.

På den annen side taler hensynet til lojalitet for at klausulen ikke tolkes så strengt. Tolkningalternativ to er mer i samsvar med den alminnelige helhetlige tolkningsmetode uten absolutter som anvendes i norsk rett, og det har også støtte i ND 1989 s. 379. Resultatene som følger av å tolke klausulen konstituerende kan i mange tilfeller bli urimelig, og dette unngås ved å kun gi klausulen presumpsjonsvirkninger.

Det er imidlertid også mulig å unngå disse uheldige virkningene på andre måter.²¹³ I de avtalene som denne avhandlingen primært fokuserer på vil hensynet til forutberegnlighet veie så tungt at det isolert sett er grunn til i å tolke klausulen i samsvar med tolkningsalternativ én. Kommersielle parter er villige til å akseptere noe urimelighet for å sikre forutberegnlighet slik at det kun er ved grov urimelighet at rimelighetshensyn slår igjennom.²¹⁴

I denne drøftelsen har jeg kun tatt stilling til hvordan klausulen isolert sett bør tolkes for å best oppnå partenes intensjon med klausulen. Hvorvidt en slik tolkning er forenelig med bakgrunnsretten har jeg ikke tatt stilling til her. Det skal jeg av systematiske årsaker ta stilling til nedenfor i punktene 4.5 og 4.6.

4.4.10 Skjult sensur: Innskrenkende tolkning

Som vist ovenfor er det naturlig å tolke skriftkravet i NOA-klausuler konstituerende slik at endringsavtaler ikke er bindene med mindre formkravet er oppfylt. Etter norsk rett kan imidlertid avtaler tolkes innskrenkende for å unngå de mest urimelige resultatene. Dette er i

²¹³ Se punktene 4.5 og 4.6.

²¹⁴ Dette synspunktet ble fremmet av konsernadvokat Charles Grey i Yara på prosjektets avslutningsseminar torsdag 23. oktober.

realiteten en form for skjult sensur, som også omtales som ”korrigerende tolkning”.²¹⁵

Korrigerende tolkning kan begrunnes i at avtalelovens § 36 åpner for å sensurere avtaler som har urimelig utslag, og da må domstolene også kunne tolke avtalen innskrenkende basert på et ”fra det mer til det mindre”-synspunkt.

Ved innskrenkende tolkning kan det blant annet avgrenses hvilke type endringer som omfattes av klausulen. For eksempel kan man si at klausulen ikke har ment å dekke de tilfellene der en part blir utsatt for svindelforsøk, eller andre illojale forsøk på å utnytte klausulen.

I en upublisert voldgiftsdom fra desember 2007²¹⁶ ble en NOA-klausul begrenset på denne måten. En produsent solgte diverse kontormaskiner til sine kunder finansiert med leasing. Leasingselskapet hadde inntatt en klausul om at leasingavtalene kun kunne endres skriftlig og av en godkjent representant.

En selger som jobbet for produsenten lurte imidlertid kundene til å kjøpe nye maskiner – i den tro at restbeløpet på den gamle maskinen ble en del av kjøpesummen på de nye maskinene. Dette lot seg gjøre fordi det ikke var noen fastsatt prisliste som kundene kunne lese prisen ut av. Restbeløpet på den gamle maskinen ble imidlertid skjult av selgeren ved at det ble overført til andre kunders nye kjøp, og deres restbeløp ble overført videre. På den måten kunne selgeren drive svindelen videre uten at verken kundene eller leasingselskapet oppdaget noe.

Til slutt ble imidlertid svindelen oppdaget, og det oppstod konflikt mellom leasingselskapet og produsenten. Leasingselskapet krevde erstattet fra produsenten det tapet de ble påført som følge av at kundene ikke betalte maskinene sine fullt ut. Produsenten hevdet på sin side at leasingselskapet ikke hadde lidt noe tap, siden kundene fremdeles var forpliktet til å oppfylle de gamle kontraktene. En eventuell muntlig endring av kontrakten mellom

²¹⁵ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s. 173.

²¹⁶ Dommere var høyesterettsadvokat Karl Wahl-Larsen (formann), høyesterettsdommer Jens Bugge og professor Viggo Hagstrøm.

leasingselskapet og kundene om at restbeløpet skulle inkorporeres i de nye avtalene, var etter produsentens mening ikke bindene i henhold til NOA-klausulen.²¹⁷

Dette argumentet ble produsenten ikke hørt med. Voldgiftsretten kom til at klausulen var bindene, men ”bare så langt den rekker”. Etter voldgiftsrettens syn kunne ikke bestemmelsen ”etter sitt eget innhold ... tillegges virkning i de tilfelle der kunden svikaktig er forledet til å inngå ny leieavtale, i den villfarelse at den nye leieavtalen også omfatter maskiner leiet ut under eldre kontrakter. Slike forhold som leder til ugyldighet av den sist inngåtte avtalen, er ikke omhandlet [i avtalen]”.

Avgjørelsen synes å bygge på at klausulen har konstituerende virkning, men at rekkevidden av klausulen må begrenses til den type endringer som partene kunne ha forutsett på forhånd. Ingen av partene hadde svindel i tankene da kontrakten ble inngått, og om de hadde hatt det, ville de trolig avgrenset mot det. Tilfellet ville nok også vært regulert et annet sted i kontrakten. Dette er momenter som i seg selv burde ha liten betydning i forhold til ordlyden, men som sett i sammenheng med prinsippet om lojalitet og rimelige løsninger fører til at resultatet blir et annet enn det en streng ordlydsfortolkning ville ha ført til.

4.4.11 Særlig om fullmakt: Formell begrensning i fullmakten

I de kontraktene som håndteres av andre enn ledelsen i bedriften, kan det være rom for en alternativ måte å tolke klausulen. Skriftkravet kan anses som en formell begrensning av representantenes kompetanse etter fullmaktsgrunnlaget. En slik begrensning er i samsvar med ett av hovedformålene bak klausulen, nemlig å sikre forutberegnlighet gjennom skriftlighet.

I punkt 2.4.4 drøftet jeg om en slik tolkning var mulig i engelsk rett. Der kom jeg til at det ikke var noe i veien for at klausulen ble formulert slik i engelsk rett, men at det ikke var en naturlig tolkning av de klausulene som denne avhandlingen tar utgangspunkt i.

²¹⁷ Klausulen lød: ”Eventuelle muntlige eller skriftlige avtaler gjort av Leverandøren eller representant for Utleier gjelder kun dersom disse er skriftlig godkjent av signaturberettiget på vegne av Utleier”.

Etter avtalelovens § 11 heter det at:

”Har fullmægtigen handlet i strid med forskrifter, som fuldmagtsgiveren har git ham, og forstod tredjemand det eller burde han forstaat det, blir retshandelen ikke bindene for fuldmagtsgiveren, selv om den ligger indenfor fuldmagten.”

Denne bestemmelsen skiller ikke mellom materielle og formelle begrensninger i fullmakten. Det er heller ikke rettspraksis eller teori som omtaler et skille mellom materielle og formelle begrensninger i fullmakter. Utgangspunktet må derfor være at en fullmakt også kan begrenses formelt.

Det er to vilkår i bestemmelsen. For det første må fullmæktigen ha fått en forskrift, og for det andre burde tredjemann ha kjent til forskriften. Det andre vilkåret vil uten tvil være oppfylt så lenge forskriften er tatt inn i avtalen. Spørsmålet blir derfor om en NOA-klausul i en avtale kan oppfattes som en forskrift som begrenser fullmakten formelt.

Ordlyden i klausulen kan etter min mening trekke i begge retninger. På den ene siden gir klausulen klare instruksjoner for hvordan endringer skal skje, noe som taler for at den kan tolkes som en forskrift. På den annen side er ikke klausulen formulert på en måte som tydelig gir uttrykk for at den er et ønske om å begrense representantenes fullmakt.

Et annet moment er at formålet med klausulen²¹⁸ nettopp er å sikre forutberegnlighet ved at alle endringer blir gjort skriftlig. Skriftlighet er ekstra viktig for å sikre forutberegnligheten dersom det er representanter som avtaler endringene. Dette hensynet ivaretas godt ved å tolke klausulen som en forskrift som begrenser representantens fullmakt formelt.

En fordel ved å tolke klausulen slik er at problemene knyttet til virkningene av den etterfølgende avtalen ikke kommer på spissen. Som en konsekvens av at fullmæktigen har gått ut over sin fullmakt vil ikke denne avtalen være bindene. I noen tilfeller der klausulen fører til urimelig resultat, vil man kunne anse hovedmannen – altså selskapets ledelse – for å ha ratifisert endringen implisitt. En annen mulighet er å tolke ledelsens opptreden som en

²¹⁸ Se kapittel 1.4.

underforstått utvidelse av fullmakten. Om endringen er ratifisert eller om fullmakten er utvidet må avgjøres etter de alminnelige fullmaktsregler.

Også innenfor entrepriseretten er det antatt at byggherren ikke blir bundet av endringer som er i strid med formkravene dersom det er en representant som har kommet med endringspålegget.²¹⁹ For at en entreprenør skal få krav på tilleggsbetaling for dette, er det et vilkår at entreprenøren har forsikret seg om at byggherren selv ønsker arbeidet utført og at det utløser krav på tilleggsbetaling. Dette gjelder selv om byggherrens representant skulle ha fullmakt til å utstede formriktige endringsordrer. Begrunnelsen er at hensynene bak klausulen, som blant annet er å sikre byggherren kontroll over kostnadene, ikke ivaretas dersom byggherren ikke blir gjort klar over endringen.

4.5 Virkningen av NOA-klausulen i norsk rett

4.5.1 Innledning

Ovenfor drøftet jeg hvordan en NOA-klausul isolert sett må tolkes etter norske tolkningsprinsipper. Konklusjonen på drøftelsen var at klausulen gir uttrykk for at den skal ha konstituerende virkning også etter norsk tolkningsmetode. Klausulen kan imidlertid ikke virke i et vakuum, men i samsvar med bakgrunnsretten for øvrig. Det er kun for fremstillingens skyld at jeg har valgt å skille ut tolkningen i et eget punkt ovenfor. I dette punktet er problemstillingen om klausulen kan ha konstituerende virkning i praksis, eller må virkningen modereres av andre prinsipper i den norsk bakgrunnsretten?²²⁰

Drøftelsen av virkningen til klausulen er delt i to deler. I dette kapittelet skal jeg drøfte om det alltid vil være i strid med lojalitetsprinsippet eller avtalelovens § 36 å påberope seg NOA-klausulen for å avskjære formløse avtaleendringer, uavhengig av de etterfølgende omstendighetene. Nedenfor i punkt 4.6 skal jeg drøfte om etterfølgende forhold kan føre til at NOA-klausulen faller bort. Hvorvidt partene har innrettet seg etter endringen eller ikke, er derfor et moment som ikke drøftes her, men nedenfor.

²¹⁹ Barbo, s. 188.

²²⁰ Eventuelle presumpsjonsvirkninger av klausulen drøftes nedenfor i punkt 4.8.

Som vi har sett i kapittel 2 i avhandlingen kan ikke klausulen avskjære formløse endringsavtaler etter engelsk eller amerikansk rett. Endringsavtalen blir der ansett som en ny avtale som etter et ”avtale posterior” prinsipp går foran den opprinnelige avtalen med NOA-klausulen. Domstolene velger likevel gjerne en mer diskret måte å løse saken, ved for eksempel å innfortolke et underforstått avkall av klausulen.

I norsk rett er det ikke mulig å fastslå at vi har et ubetinget prinsipp om at den nye avtalen alltid går foran den gamle slik det er i engelsk rett.²²¹ Det er likevel en meget sterk presumpsjon for at dette er hensikten. Dette momentet har derfor betydning også etter norsk rett. På den annen side åpner avtaleloven § 1 for at partene avtaler egne disposisjonskriterier. For at det skal være realitet i denne bestemmelsen må avtalen med formkravene stå seg ovenfor senere formløse avtaler.

Til tross for at utgangspunktet i avtaleloven § 1 er at formkrav kan avtales, vil også slike bestemmelser kunne sensureres av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold eller av andre regler.

4.5.2 Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold og avtl. § 36

Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold er et prinsipp som kan forhindre NOA-klausulen fra å kunne avskjære muntlige endringer. Det samme kan avtalelovens § 36. I dette avsnittet skal jeg ta stilling til om prinsippet om lojalitet eller avtalelovens § 36 på *generelt* grunnlag innebærer at NOA-klausulen ikke kan ha konstituerende virkning.

Krüger er av den oppfatningen. Han hevder at det vil ”virke urimelig” om en formløs endringsavtale ikke ble ansett rettslig bindende på grunn av en NOA-klausul, og at klausulen er i strid med avtalelovens § 36.²²² Basert på dette argumentet konkluderer han med at klausulen kun kan være en presumpsjonsbestemmelse. Jeg er enig i at en ordrett

²²¹ Se punkt 3.4.

²²² Krüger s. 475.

fortolkning av NOA-klausulen i en del tilfeller kan føre til urimelige resultater. Et eksempel er at en part utnytter klausulen for å trekke seg fra en avtaleendring som senere viste seg å være ugunstig, for eksempel på grunn av endrete råvarepriser.

Det kan imidlertid også være legitime årsaker til at en part påberoper klausulen etter først å ha inngått en formløs avtale. Dette vil være tilfellet om det ikke foreligger svikaktige årsaker til at klausulens formkrav ikke ble fulgt, og det er en legitim grunn til at klausulen blir påberopt. I disse tilfellene kan ikke jeg se at det skal være urimelig å påberope NOA-klausulen. Det vil kunne være like urimelig om en part skal være bundet av kontraktsendringer som etter partenes avtale ikke er rettslig bindene.

Et eksempel på at det er legitime årsaker til at klausulen kommer på spissen, er om to parter har avtalt endringer i en avtale som senere har blitt overført til en tredjepart som ikke er kjent med disse endringene. I et slikt tilfelle er det etter min mening ikke illojalt å påberope seg klausulen. Et annet anvendelsesområde er dersom partene under forhandlinger har kommet til enighet om en endring, men en part senere går fra denne endringen. Klausulen fører i dette tilfelle til at partene kan ombestemme seg eller trekke seg inntil endringen er kontraktsfestet i samsvar med klausulen.²²³

Etter min mening er NOA-klausulen *i seg selv* ikke i strid med lojalitetsprinsippet eller avtalelovens § 36. Det er tillatt å avtale hva som skal til for å anse avtale for inngått,²²⁴ og det skal mye til for at en avtale mellom profesjonelle parter settes til side.²²⁵ Dette hensynet må veie tungt. Selv om klausulens virkninger lett kan utnyttes på en illojal måte, vil det i så fall være *bruken* av klausulen som er i strid med lojalitetsprinsippet, ikke klausulen *i seg selv*.

²²³ Tilsvarende for prekontraktuelle skriftkrav: Woxholth, *Avtalerett* s. 151.

²²⁴ Se kapittel 3.3.

²²⁵ Se for eksempel Rt. 2000 s. 806 side 816: "I den grad det er tale om å bruke § 36 når det som her er tale om en avtale mellom profesjonelle, bør terskelen i alle fall være høy, jf. blant annet flertallet i Rt-1999-922, på side 932".

4.5.3 Abstrahering fra Kjøpsloven

Etter kjøpslovens § 91 (3) kan ikke avtaler med NOA-klausuler endres på annen måte enn slik klausulen foreskriver.²²⁶ Bestemmelsen er plassert i kapittelet som kun gjelder for internasjonale kjøp, og bygger på CISG²²⁷ artikkel 29. I forarbeidene til kjøpsloven kom man imidlertid til at det ikke var behov for å gi bestemmelsen tilsvarende anvendelse for nasjonale eller nordiske kjøp.²²⁸ Dette kan skyldes at artikkel 29 først og fremst skal gjøre det klart at det ikke er noe krav til consideration for at en kjøpsavtale skal være bindende, noe som er åpenbart etter norsk rett. Virkningen av NOA-klausuler, som reguleres i annet ledd er derimot ikke så klar etter norsk rett.

Dette reiser to spørsmål relatert til NOA-klausulen. Det første spørsmålet er om årsaken til at bestemmelsen ikke ble tatt inn kjøpsloven er at tilsvarende regler allerede gjelder etter bakgrunnsretten, at de har oversett bestemmelsen, eller om det skyldes at den virkningen som bestemmelsen legger opp til ikke kan oppnås i norsk rett. Det andre spørsmålet er om kjøpslovens regel kan gis generell anvendelse i kontraktsretten.

Betydningen av at artikkel 29 (2) ikke er gitt anvendelse for nordisk kjøpsrett

I rapporten fra den fellesnordiske kjøpslovsarbeidsgruppen er bestemmelsen knapt kommentert.²²⁹ Imidlertid fremheves det generelt at en del bestemmelser ble ansett unødvendige fordi de var selvsagte etter norsk rett og dermed overflødige. Artikkel 29 var ikke en av bestemmelsene som ble ramset opp i denne sammenheng.²³⁰ Fra

²²⁶ "Skriftlig avtale som bestemmer at endring eller avtale om opphør skal være skriftlig, kan ikke endres eller avtales opphørt på annen måte". Videre i bestemmelsen avgrenses det mot de tilfellene der partene har innrettet seg etter endringen. Betydningen av innrettelse er tema i punkt 4.6.

²²⁷ FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp.

²²⁸ "Bestemmelsene i første og andre ledd er selvsagte etter norsk rett, mens man ikke har funnet grunn til å gi regelen i tredje ledd anvendelse for nasjonale og nordiske kjøp." Ot.prp.nr.80 (1986-1987).

²²⁹ NU 1984:5 s. 391: "Reglene i N kap XV gjengir nøyre visse bestemmelser i konvensjonen i norsk oversetting og nærmer seg altså for så vidt en ren inkorporasjon av disse bestemmelser. Det dreier seg dels om visse prinsipielle konvensjonsbestemmelser (særlig §§ 91 til 97) ..." og på side 392 til utkastets § 94: "Nr 2 og 3 om endring av en avtale gjengir konvensjonens art 29."

²³⁰ Jf oppregningen i NU 1984:5 s. 388-389.

arbeidsgrupperapporten er det altså ikke mulig å slutte annet enn at det ikke er selvsagt at samme regel gjelder etter bakgrunnsretten.

Kommentaren til kjøpsloven synes å bygge på at det ikke er mulig å oppnå konstituerende virkning under norsk rett. I kommentaren fremheves det at partene har anledning til å inngå denne typen avtaleklausul selv om bestemmelsen i kjøpsloven ikke gjelder for nasjonale kjøp. I så fall vil klausulen kunne få *”bevismessig betydning for eksistensen og virkningen av påstått senere muntlig endringsavtale”*.²³¹

Etter min mening er det etter dette ikke mulig å slutte verken det ene eller andre fra at artikkel 29 (2) ikke er gitt anvendelse på nordiske kjøp. Spørsmålet er lite drøftet i forarbeidene, og den omtalen som er synes å ta utgangspunkt i at reglene i artikkel 29 kun er ment for å klargjøre at consideration er unødvendig etter CISG.

Tilsvarende virkning som etter kjøpslovens § 91 (3)

Et annet spørsmål knyttet til kjøpslovens § 91 (3) er om den kan anvendes tilsvarende på NOA-klausuler utenfor internasjonale kjøp. Kjøpslovens regler danner i utgangspunktet et godt grunnlag for abstrahering til generell kontraktsrett.²³² Dette utgangspunktet gjelder imidlertid primært for de reglene som regulerer nasjonale kjøp. Som drøftelsen ovenfor viser er spørsmålet viet liten plass i forarbeidene, og valget om å kun passivt oversette bestemmelsen og plassere den i kapittelet som bare gjelder for internasjonale kjøp trekker i retning av at det ikke er grunnlag for generalisering.

På den annen side gir bestemmelsen uttrykk for en god og balansert løsning, basert på teori og rettspraksis fra flere europeiske land samt USA²³³. I mangel på andre rettskilder kan det av denne grunn ikke utelukkes at reguleringen i kjøpsloven er relevant, selv om den kun kan tillegges liten vekt. Et annet moment som taler for at man kan utlede en generell regel

²³¹ Bergem m.fl. s. 412.

²³² Hagstrøm s. 48-49.

²³³ Se punkt 2.3.2.

fra kjøpslovens § 91 (3), er at også UNIDROIT regulerer klausulen på tilsvarende måte. Et viktigere argument er at en generalisering av regelen i kjøpsloven også tar hensyn til etterfølgende momenter.²³⁴

I den grad man kan anse kjøpslovens § 91 (3) som et relevant argument, taler det for at NOA-klausuler kan avskjære muntlige endringsavtaler. Istedenfor å si at klausulen kun er en presumpsjonsbestemmelse sier kjøpslovens § 91 (3) at klausulen kan avskjære endringer, men med klare begrensninger der partene har innrettet seg etter endringen.²³⁵

4.5.4 Nordisk litteratur

I dansk litteratur hevder Bryde Andersen at avtalte skriftkrav ikke kan forhindre senere formløse avtaleendringer. Hans argument er at om man antar ”*at en aftale , der foreskriver skriftform ved ændring, ikke ændres ved parternes udtrykkelige mundtlige aftale, har man dermed også anerkendt, at nogle aftaler er mere værd end andre (lex superior). Dette resultat kan ikke antages*”.²³⁶ Etter min mening blir det kunstig å si at en NOA-klausul opphøyer avtalens status til en ”lex superior” for så å avvise at dette er mulig. Avtalelovens § 1 tillater jo nettopp at man avtaler formkrav.

Bernhard Gomard er av samme oppfatning som Bryde Andersen, og viser til at ”*[e]nhver klausul kan imidlertid lige som andre bestanddele af en kontrakt ændres ved ny aftale, og den nye aftale ikke formbunden*”.²³⁷ Dette argumentet forutsetter at det finnes visse avtalerettslige kollisjonsregler som partene ikke kan ha kontroll over. En slik absolutt kollisjonsregel finnes ikke i norsk rett, selv om det er en klar presumpsjon for at den nye avtalen skal gjelde.²³⁸

²³⁴ Se nedenfor i punkt 4.6.3.

²³⁵ Innrettelse behandles nedenfor i punkt 4.6.3.

²³⁶ Bryde Andersen s. 171.

²³⁷ Gomard s. 73.

²³⁸ Se punkt 3.4.

Lyng Andersen kommer til samme resultat, men begrunner det noe annerledes., Han hevder at ”[t]rods det citerede aftalevilkår vil man formentlig ofte anse en senere tilkommen – bevist – muntlig aftale for bindene, spesielt mellom ikke-jævnbyrdige parter (...), idet man anser det generelle aftalevilkår om skriftlighet for fraveget med den nye konkrete aftale”.²³⁹ Her er det flere forbehold enn det Bryde Andersen og Gomard opererer med. Etter Lyng Andersen oppfatning vil man innfortolke i den nye avtalen at partene har fraveket skriftkravet. For at partene skal kunne gjøre det er de nødt til å være klar over at spørsmålet både er avtaleregulert fra før og at avtalen kun kan endres skriftlig. I så fall burde den muntlige avtalen omtale dette på en eller annen måte. Hvis de ikke har gjort det, tyder det nettopp på at det ikke er grunnlag for å tolke den muntlige avtalen på den måten, eller at den muntlige avtalen uansett er så diffus at den er i kjerneområdet for hva skriftkravet skal ramme.

I svensk teori hevder Ramberg²⁴⁰ og Adlercreutz²⁴¹ på at slike skriftkrav i utgangspunktet er bindene, men at urimelige utslag av skriftkravet kan føre til sensur. De er med andre ord i utgangspunktet positive til at klausulen kan ha konstituerende virkning. Dette tyder på at svensk og dansk rett er ulik på dette området og at svensk rett i større grad enn dansk rett anerkjenner partenes fremforhandlede avtale.²⁴²

Nordisk teori viser her at begge løsninger er mulige i den nordiske rettstradisjon. Sett i lys av Rt. 2002 s. 1155 og norske domstolars restriktive bruk av avtalelovens § 36 i kommersielle avtaleforhold, er det muligens grunnlag for å hevde at norsk rett ligger nærmere svensk enn dansk rett på dette området.

²³⁹ Lyng Andersen s. 93 i note 111.

²⁴⁰ Ramberg s. 264.

²⁴¹ Adlercreutz s. 92-93.

²⁴² På prosjektets avsluttende seminar 23.oktober ble det samme påpekt av Professor Lars Gorton fra Stockholm School of Economics og Professor Peter Møgelvang-Hansen fra Copenhagen Business School.

4.5.5 Konklusjon

Drøftelsen ovenfor viser at NOA-klausuler i noen tilfeller kan ha konstituerende virkning i norsk rett. Dette er i samsvar med reguleringen i kjøpsloven (CISG) og UNIDROIT, og dette blir også hevdet i blant annet svensk rett. Ordlyden og partenes avtale skal i størst mulig grad respekteres av domstolene i kommersielle avtaler, og i en del tilfeller vil en slik klausul absolutt kunne ha en legitim funksjon. Basert på dette er det grunnlag for å åpne for at klausulen faktisk kan ha virkning i disse situasjonene.

På den annen side skaper klausulen stort rom for misbruk og illojale tilpasninger. I den grad klausulen blir påberopt for å fremme illojale formål, vil bruken av klausulen kunne bli sensurert av lojalitetsprinsippet.

I praktiske situasjoner vil det imidlertid være sjelden at klausulen kan analyseres uten å ta hensyn til etterfølgende omstendigheter. Det gjelder særlig i de tilfellene der partene har innrettet seg etter endringen. Dette er temaet for punkt 4.6 nedenfor.

4.6 Etterfølgende omstendigheters betydning for NOA-klausulen

4.6.1 Innledning

Ovenfor kom jeg til at virkningene av en NOA-klausul isolert sett er forenelig med norsk rett, i hvert fall i en del tilfeller. I punktet ovenfor tok jeg imidlertid ikke stilling til etterfølgende omstendigheter. Temaet for dette punktet er om slike omstendigheter kan føre til at klausulens virkninger blir avskåret. Det sentrale momentet i dette punktet er betydningen av hvordan partene har forholdt seg etter at muntlig endringsavtale er inngått. For eksempel om de har innrettet seg etter endringen, forholdt seg passive eller annet.

Betydningen av etterfølgende omstendigheter kan støttes på flere ulike rettslige grunnlag. Felles for disse grunnlagene er at de bygger på prinsippet om lojalitet og hensynet til rimelig ivaretagelse av den annen parts interesser.

4.6.2 Etterfølgende omstendigheter som tolkningsmoment

Etterfølgende opptreden er et moment som kan vektlegges ved tolkning av avtalen.²⁴³ Dette følger sikker norsk rettspraksis,²⁴⁴ og er også nedfelt i UNIDROIT Principles.²⁴⁵ Disse momentene kan tale for at klausulen i et konkret tilfelle skal tolkes slik at klausulen ikke avskjærer endringer, men kun skaper en formodning mot at partene har ment å endre avtalen med mindre formkravene er fulgt. Dersom partene begynner å praktisere en endring som er foretatt i strid med klausulen tyder det på at partene kun anser klausulen for å være en presumpsjonsklausul eller en ordensforskrift uten rettslig betydning.

Der det foreligger slike omstendigheter vil også hensynet til lojalitet og prinsippet om berettigete forventninger veie særlig tungt, noe som kan føre til at klausulen blir tolket innskrenkende.²⁴⁶ En annen måte å tolke klausulen på er at den kun gjelder for endringer som partene ikke har innrettet seg etter, slik løsningen er etter UNIDROIT og CISG.

4.6.3 Avskåret for bruk dersom partene har innrettet seg

Dersom partene innretter seg etter endringsavtalen taler sterke rimelighetshensyn for at den endrede avtalen bør bli rettslig bindende til tross for NOA-klausulen. I UNIDROIT, CISG og kjøpsloven har dette hensynet ført til at klausulens virkninger faller bort dersom partene har innrettet seg etter endringsavtalen.

For eksempel heter det i UNIDROIT artikkel 2.18 annet punktum: *"However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party*

²⁴³ Selv om dette er tolkningsmoment som også kunne vært drøftet under punkt 4.4, drøftes det her fordi momentet er avhengig av om det foreligger faktiske omstendigheter som vil variere med det enkelte kontraktsforhold. Momentet gir derfor ikke avgjørende veiledning på hvordan klausulen skal tolkes abstrakt, men det kan gi veiledning i spørsmålet om etterfølgende omstendigheter kan føre til et annet resultat.

²⁴⁴ Se for eksempel Rt. 1966 s. 533 og Rt. 1993 s. 149 jf. Haaskjold s. 126.

²⁴⁵ UNIDROIT artikkel 4.3: In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

...

(c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;

...

²⁴⁶ Jf. punkt 4.4.10.

has acted in reliance on that conduct”. Etter tilsvarende regulering i kjøpsloven kan en part ”ved sin handlemåte bli avskåret fra å gjøre en slik bestemmelse [NOA-klausul] gjeldene, for så vidt som den annen part har innrettet seg i tillit til denne handlemåten.”²⁴⁷

Kjøpslovens bestemmelse er en transformasjon av CISG, som har samme ordlyd som UNIDROIT. CISG bygger for sin del på UCC som har følgende regulering begrensning i rekkevidden av NOA-klausuler: “(4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3), it may operate as a waiver. (5) A party that has made a waiver affecting an executory portion of a contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver”.²⁴⁸

En mulighet kan være å legge en slik regulering til grunn for tolkning av NOA-klausuler. I de situasjonene hvor en part vil være avskåret fra å påberope seg klausulen i henhold til reguleringene i UNIDROIT eller CISG, vil det som regel også være i strid med kravet til redelighet, god tro og lojal opptreden mellom partene å gjøre klausulen gjeldene.²⁴⁹ Dette taler for at en tilsvarende begrensning bør innfortolkes selv om partene ikke har nevnt det eksplisitt.

I kommentaren til UNIDROIT artikkel 2.18 er det tatt inn et eksempel på når partene blir avskåret fra å påberope seg klausulen. I en byggekontrakt inntar partene en bestemmelse om at en bestemt del av bygningen skal ha bæreevne til et bibliotek. Senere avtaler de muntlig at det ikke er nødvendig med ekstra bæreevne likevel. Bygget blir oppført i henhold til endringsavtalen, og byggherren er hele tiden klar over at det blir bygget uten den ekstra bæreevne som den skriftlige avtalen anviser. Byggherren kan da ikke senere påberope mislighold på grunn av den manglende bæreevnen under henvisning til at den muntlige endringsavtalen ikke er bindene.²⁵⁰

²⁴⁷ Kjøpsloven § 91 tredje ledd annet punktum.

²⁴⁸ UCC artikkel 2:209 (4) og (5).

²⁴⁹ Bergem m.fl. s. 412. I kommentaren til kjøpsloven hevdes det at enhver muntlig avtale fører til at klausulen blir avskåret, men etter min mening er det kun dersom det foreligger etterfølgende omstendigheter som bekrefter avtaleendringen at det vil være i strid med lojalitetsprinsippet å påberope seg klausulen.

²⁵⁰ Eksempelen er hentet fra den offisielle illustrasjonen til UNIDROIT artikkel 2.18.

I et slikt tilfelle vil byggherren antakelig være avskåret fra å påberope seg NOA-klausulen uansett om partene innfortolker en slik begrensning i klausulen eller ikke.²⁵¹ Det vil være i strid med redelighetsstandarden å ikke påberope seg klausulen tidligere, og det vil være urimelig om entreprenøren skal bli sittende med et erstatningsansvar. Dette kan begrunnes enten i avtalelovens § 36, en analogi fra kjøpslovens regulering av NOA-klausulen i internasjonale kjøp eller på grunn av passivitet.

4.6.4 Passivitet

Generelt om passivitet

Det er sikker rett at passivitet på selvstendig grunnlag kan føre til rettstap i norsk rett. Dette betyr at passivitet også kan føre til at en part mister retten til å påberope seg NOA-klausulen.

Knoph definerte passivitet som en rettslig standard:

”Rettighetshaveren må finne sig i at retten tapes eller svekkes, dersom en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvars skjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse, under den forandrede situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette.”²⁵²

Denne definisjonen har senere blitt kritisert blant annet av Augdahl, som mener at Knoph oppstiller en for vid regel.²⁵³ Det er særlig begrepet ”i tide” som blir kritisert, og som etter Augdahls oppfatning burde vært erstattet med ”på et tidligere tidspunkt”.

Hovedregelen er imidlertid at en rett ikke faller bort på grunn av passivitet. Normalt setter foreldelsesreglene grenser for når en rett må gjøres gjeldene ovenfor motparten for at den skal være i behold. Reklamasjonsreglene er imidlertid et eksempel på at passivitet tillegges rettsvirkning på et tidligere tidspunkt enn den yttergrensen som følger av

²⁵¹ Se for eksempel Barbo s. 186.

²⁵² Knoph s. 240.

²⁵³ Hagstrøm s. 778.

foreldelsesloven.²⁵⁴ Passivitet kan også være en selvstendig bortfallsgrunn ved siden av reklamasjonsreglene. Dette gjelder både der det ikke finnes reklamasjonsregler, og i noen tilfeller som et supplement til reklamasjonsreglene.²⁵⁵

Rt. 1973 s. 375

Et eksempel på ren passivitet er tilstrekkelig for at en rett skal gå tapt, er Høyesteretts avgjørelse i *Rt. 1973 s. 375*. I denne dommen førte passivitet til at en gårdeier mistet rett til å heve en husleiekontrakt på grunn av brudd på kontraktens bestemmelse om driveplikt.

En leietaker hadde stengt butikken for oppussing i 5 måneder uten å starte oppussingsarbeidet. Han fortsatte imidlertid å drive bakeriet i samme bygg. Dette var i strid med kontraktens driveplikt, og gårdeier krevde heving på grunn av vesentlig mislighold. Etter hevingskravet kom leietakeren i gang med oppussingsarbeidet og butikken var i drift igjen noen måneder senere. Høyesterett kom til at gårdeier hadde mistet retten til å heve på grunn passivitet ovenfor leietakeren. Et viktig moment i begrunnelsen var gårdeiers passivitet. Dersom han hadde gitt uttrykk for sin oppfatning om at dette var i strid med kontrakten, så kunne leietaker startet oppussingen tidligere. Denne dommen viser også at det ikke er nødvendig med gjentatte brudd på en klausul for at den skal kunne bli satt til side på grunn av passivitet.

Det synes avgjørende i dommen, som ble avsagt under dissens 3-2, at leietaker fremdeles drev et bakeri i lokalet, og at det derfor ikke var fullstendig opphør i driften. Videre har flertallet vektlagt at gårdeier ikke led noe tap på grunnlag av driftsstansen, mens leietaker ville lide et stort tap dersom hevingskravet ble tatt til følge. Et annet viktig argument er at rimelig varsel (reklamasjon) er en forutsetning for å kunne gjøre gjeldene heving i langvarige kontraktsforhold. Dette svekker betydningen av dommen utenfor reklamasjonstilfellene.

På den annen side viser dommen med all tydelighet at langvarig passivitet kan føre til at retten til å påberope et mislighold bortfaller.²⁵⁶ Overført til NOA-klausulen betyr dette at en part kan miste retten til å hevde at en avtaleendring ikke er bindene selv om den skulle

²⁵⁴ Jf. for eksempel kjøpslovens §§ 26 og 31.

²⁵⁵ Hagstrøm s. 351.

²⁵⁶ Dette er mer utdypende drøftet tidligere i prosjektet i forhold til No Waiver-klausuler i Fredrik Skribelands avhandling med samme tittel.

være i strid med klausulens formkrav. Hensynene som begrunner regelen om reklamasjon gjør seg like sterkt gjeldene ved NOA-klausuler.

For at ren passivitet i seg selv skal være nok til at NOA-klausulen skal bortfalle, må det antakeligvis være tale om meget langvarig passivitet. Dersom den andre parten i tillegg pådrar seg tap som følge av investeringer eller lignende som ble foretatt i tiltro til endringen, kan imidlertid passivitet bli konstatert til tross for at den ikke har vært langvarig. Det samme gjelder dersom parten har opptrådt aktivt på en måte som bekrefter endringen.²⁵⁷

Custos-saken

En sak som bekrefter at passivitet kan føre til at virkningen av NOA-klausulen bortfaller er den såkalte Custos-saken. I denne saken, som er inntatt i Rt. 1992 s. 295, ble en avtaleendring bindene til tross for at den etter avtalen ikke skulle være det, fordi den ene parten forholdt seg passivt ovenfor endringen.

En entreprenør, Høstland, ville leie en dumper for en måned av gangen fra en selger av slike maskiner. Representanten for selgeren aksepterte dette, men krevde at Høstland signerte en leasingavtale. Partene i leasingavtalen var finansieringsselskapet Custos og Høstland. I avtalen var det en klausul om at avtalen gjaldt for et minimum av 60 måneder, og en annen klausul som forbød sideløpere²⁵⁸. Høstland reagerte på tidsklausulen, men etter en forsikring fra selger om at han bare kunne se bort fra denne, signerte han likevel avtalen.

Etter en måned leverte han dumperen tilbake, men Custos fortsatte å sende regninger til Høstland. Høstland bare kastet disse regningene da han var av den oppfatning at kontraktsforholdet opphørte da han leverte tilbake dumperen. Dette kan han klart uttrykke for i en telefonsamtale med en representant for Custos som ringte for å følge opp de manglende betalingene. Custos forholdt seg imidlertid passiv i nesten et år etter denne telefonsamtalen.

Flertallet i Høyesterett kom til at kontrakten Høstland og Custos opprinnelig gjaldt for 60 måneder, men at Custos' passivitet i etterkant av telefonsamtalen førte til at denne klausulen falt bort.

²⁵⁷Hvorvidt man velger å kalle dette et utslag av passivitetslæren eller lojalitetsprinsippet er et definisjonsspørsmål. Grensen er her flytende, og dette er momenter som også har sentral betydning i en lojalitetsvurdering.

²⁵⁸Se kapittel 1 om forholdet mellom NOA-klausuler og sideløpere. Sideløpere i standardkontrakter faller utenfor denne oppgavens tema.

Som representant for flertallet uttalte dommer Aasland:

”Etter min mening har Custos herved utvist en passivitet som må lede til at selskapet har tapt sin adgang til å holde seg til Høstland. ... Hadde Custos reagert etter telefonsamtalen, kunne Høstland trolig ha begrenset sitt tap ved å være bundet av leasingkontrakten. Men under enhver omstendighet finner jeg at den situasjon som forelå etter telefonsamtalen, tilsa at Custos ga klart uttrykk for sitt standpunkt overfor Høstland. Når det gikk nærmere et år fra telefonsamtalen uten at Høstland hørte noe mer, måtte han med god grunn kunne innrette seg på at selskapet hadde avfunnet seg med hans standpunkt”.

Denne dommen har klar overføringsverdi til spørsmålet om virkningen av passivitet i etterkant av en formløs endring, selv om det her var tale om en litt annerledes klausul. I begge tilfellene dreier det seg om at en avtale blir endret til tross for klausuler som forbyr måten endringen skjedde på. Denne dommen bekrefter at også virkningen av NOA-klausuler kan falle bort på grunn av passivitet.

Hvilke endringer rammes av passiviteten?

I Rt. 1973 s. 375 og Rt. 1954 s. 980 kom retten til at en bestemmelse i kontrakten ikke kunne påberopes på grunn av passivitet. Kontraktsbestemmelsen var imidlertid ikke falt bort, men kun suspendert. Kreditor kunne ”reaktivere” bestemmelsen ved å gi debitor rimelig varsel.²⁵⁹

Dette må innebære at også en NOA-klausul kan bli aktiv igjen etter et rimelig varsel. Imidlertid betyr dette bare at fremtidige endringer må være i samsvar med klausulens formkrav. Hvorvidt NOA-klausulen også kan påberopes *ex nunc* for endringer som allerede er avtalt mens klausulen var suspendert, behandles nedenfor i punkt 4.6.5.

En annen problemstilling er om det er *nødvendig* å ”reaktivere” NOA-klausulen for å kunne kreve at senere endringer følger formkravene. I utgangspunktet får passivitet kun

²⁵⁹ Se Hagstrøm s. 777 jf. også Rt. 1924 s. 107, Rt. 1929 s. 963.

betydning for den endringen der parten har opptrådt passivt. Dersom NOA-klausulen gjøres gjeldene for en annen endring har den likevel virkning der.

Imidlertid kan klausulen bli suspendert også for fremtidige endringer dersom en part i lang tid ser gjennom fingrene på brudd på klausulen slik at den får karakter av å være en sovende trussel.²⁶⁰ Klausulen har allikevel ikke blitt opphevet, men kun suspendert inntil en part gir beskjed om at han fra nå krever at endringer skal følge formkravene for å være bindene. Klausulen får da virkning for alle endringer som blir avtalt etter beskjeden. Et eksempel på at en klausul ble ”sovende” er Rt. 1954 s. 980 der en misligholdsklausul ikke ble tillagt rettsvirkning på grunn av at denne klausulen gjentatte ganger tidligere var blitt brutt uten at kreditor hadde reagert på kontraktsbruddet.

Dersom partene gjentatte ganger avtaler og gjennomfører endringer som er avtalt muntlig uten at NOA-klausulen blir nevnt, kan det også være et tolkningsmoment som kan føre til klausulen blir tolket som kun en presumpsjonsbestemmelse. Det har formodningen mot seg at partene avtaler noe, for senere å la det bli en ”sovende trussel”. Tolker man isteden klausulen som en presumpsjonsklausul kan den fremdeles ha betydning i de tilfellene der det er uklart om avtalen er endret.

4.6.5 Kan en part kreve den opprinnelige avtalen gjeninnført?

Dersom en part er avskåret fra å gjøre NOA-klausulen gjeldene på grunn av etterfølgende omstendigheter, blir det neste spørsmålet hva som er konsekvensen av dette.

Kan parten kreve at den opprinnelige avtalen gjeninnføres for fremtiden, eller er avtaleendringen permanent? Denne problemstillingen er tema for dette punktet.

Et eksempel på problemstillingen er langsiktige leveringskontrakter hvor det er avtalt levering hver mandag. Dersom partene muntlig avtaler at levering kan skje på fredager og dette praktiseres av partene, kan ikke mottaker uten videre plutselig kreve

²⁶⁰ Hagstrøm, s. 777.

misligholdsbeføyelser under henvisning til at levering ikke har skjedd i henhold til avtalen. I dette tilfellet vil partene ha blitt avskåret fra å kunne påberope seg NOA-klausulen. Spørsmålet blir om parten *for fremtiden* kan kreve at levering skal skje på mandager i henhold til den opprinnelige avtalen, eller er fredager blitt bindene avtalt som leveringsdato for hele kontraktens levetid.

I de tilfellene der endringen har blitt bindene som følge av at retten til å påberope NOA-klausulen har gått tapt på grunn av for eksempel passivitet²⁶¹, må løsningen være at endringen blir permanent bindene som om klausulen ikke hadde vært der. Det samme gjelder om klausulen tolkes som kun en presumpsjonsbestemmelse.

En annen mulig virkning er at parten blir avskåret fra å påberope seg NOA-klausulen som grunnlag for misligholdsbeføyelser eller for å nekte å betale allerede utført arbeid. En slik tolkning åpner for at partene kan kreve den opprinnelige avtalen gjeninnført for den delen av kontraktsforholdet som ligger i fremtiden.

Dersom klausulen blir tolket innskrenkende i samsvar med UNIDROIT artikkel 2.18 eller kjøpslovens § 91 (3), må løsningen også for dette spørsmålet finnes gjennom å tolke disse bestemmelsene.

Etter kjøpslovens § 91 (3) heter det at en part kan ”*ved sin handlemåte bli avskåret fra å gjøre en slik bestemmelse gjeldene, for så vidt som den annen part har innrettet seg i tillit til denne handlemåten.*”²⁶². I den tilsvarende bestemmelsen i CISG, som § 91 er en direkte oversettelse av, heter det at ”... *a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct*”²⁶³.

Formuleringen “to the extent ...” kan tolkes som at klausulen fremdeles kan påberopes *ex*

²⁶¹ Jf punkt 4.6.4.

²⁶² Kjøpsloven § 91 tredje ledd annet punktum.

²⁶³ CISG artikkel 29 (2) annet ledd. UNIDROIT har tilsvarende regulering som CISG, og drøftes derfor ikke særskilt.

nunc også for allerede avtalte endringer. Dette anses å være den ledende tolkningen av bestemmelsen internasjonalt.²⁶⁴

Tolkningen bygger forøvrig på UCCs bestemmelse. Etter denne bestemmelsen er partene avskåret fra å påberope seg klausulen, men forsøket på å endre avtalen kan fungere som et avkall,²⁶⁵ og dette avkallet kan trekkes tilbake *ex nunc* med "reasonable notice".²⁶⁶

Dette innebærer at parten kan gi den annen part beskjed om at han for fremtiden ønsker korrekt oppfyllelse, og fra det tidspunktet kan den annen part ikke lenger innrette seg på at den endringsavtalen er gjeldene. Men i den grad parten allerede har gjennomført disposisjoner med tanke på fullstendig oppfyllelse i henhold til endringsavtalen, kan ikke den opprinnelige avtalen kreves gjeninnført.

Etter forarbeidene skal kjøpslovens § 91 (3) kun være en transformasjon av CISG artikkel 29 (2), noe som taler for at den norske formuleringen "for så vidt" skal tolkes på samme måte som "to the extent" i den engelske teksten. Den norske kommentaren synes imidlertid å bygge på at skriftkravet som sådan blir avskåret dersom partene innretter seg etter endringen, og at endringen derfor blir bindene.²⁶⁷

Av de to tolkningsalternativene som det er redegjort for ovenfor, er det etter min mening den norske kommentarutgaven til kjøpsloven som er mest i samsvar med den norske bakgrunnsretten for øvrig. En naturlig følge av at skriftkravet ikke kan påberopes er at kun de alminnelige avtalerettslige reglene gjelder. En løsning der endringsavtalen gjelder i en viss periode før den gamle avtalen igjen skal tre i kraft er både mer tungvint og mindre forutsigbar.

Resultatet blir slik at en endring som først blir bindene til tross for NOA-klausulen blir bindene som om klausulen ikke hadde vært der. Dette gjelder uansett om NOA-klausulen

²⁶⁴ Schlechtriem & Schwenzer s. 335 og Date-Bah s. 243.

²⁶⁵ UCC artikkel 2:209 (4) jf punkt 2.3.2.

²⁶⁶ UCC artikkel 2:209 (5) jf punkt 2.3.2.

²⁶⁷ Bergem m.fl. s. 412.

ikke kan påberopes som følge av passivitet, om den tolkes innskrenkende i tråd med UNIDROIT og kjøpsloven eller om den kun tolkes som en presumpsjonsklausul.

4.6.6 Særlig om hensynet til tredjeparter

Hensynet til tredjeparter er som nevnt et moment som i sterk grad taler for at endringer i strid med formkravene ikke blir bindene. Som vi har sett i dette kapittelet kan imidlertid en del omstendigheter føre til at endringen likevel blir bindene på grunn av lojalitetsprinsippet. Etterfølgende innrettelse til muntlige endringer kan også føre til at klausulen blir tolket innskrenkende slik at den gjør unntak i de tilfeller der partene har innrettet seg.²⁶⁸

Dette er uheldig for forutberegnligheten, og særlig ovenfor tredjeparter som kommer inn i avtalen. For dem vil kontraktsdokumentet tilsynelatende gi et korrekt bilde av avtalen, mens den i realiteten kan være endret en eller flere ganger av de opprinnelige partene. På den annen side er det på grunn av lojalitetsprinsippet ikke mulig å oppnå en ”vanntett” NOA-klausul. På en eller annen måte må derfor klausulens virkning begrenses.

Ved innskrenkende fortolkning av klausulen

Dersom klausulen tolkes innskrenkende, slik at den ikke gjelder ovenfor endringer som partene har innrettet seg etter, må resultatet etter min mening være at også tredjeparter er bundet av dette. I tråd med lojalitetsprinsippet vil imidlertid den part som ønsker å opprettholde endringen etter omstendighetene ha en plikt til å informere om endringen. På den måten blir tredjeparten klar over de reelle forholdene. Dette kan være særlig aktuelt innenfor områder som generelt belegges med strenge notoritetshensyn, herunder konkurs.

Brudd på denne forpliktelsen kan føre til at tredjeparts oppfatning av avtalen blir bindene. Custos-saken²⁶⁹ er et eksempel på at en part kan bli bundet av den annen parts forståelse av

²⁶⁸ Jf. punkt 4.6.3.

²⁶⁹ Rt. 1992 s. 295, omtalt ovenfor i punkt 4.6.4.

avtalen. Dette må særlig gjelde når det er de opprinnelige parter som har skapt grunnlaget for den feilaktige oppfatningen, ved å ta inn en NOA-klausul i kontrakten.

Ved lojalitetsbaserte bortfallsgrunner som for eksempel passivitet

En tredjepart som kommer inn i en avtale i den tro at det er kontraktsdokumentet som gjelder vil ikke være illojal dersom han påberoper NOA-klausulen ovenfor muntlige endringer som han senere blir kjent med. I den grad han påberoper klausulen med en gang han blir kjent med endringene, vil klausulen heller ikke kunne være avskåret som følge av passivitet.

Dersom NOA-klausulen kan påberopes vil i utgangspunktet virkningen av den være at endringen aldri har vært bindende, og at det er den opprinnelige kontrakten som må legges til grunn i en misligholdsvurdering.²⁷⁰ Eventuell oppfyllelse av endringsavtalen som allerede har skjedd før tredjeparten trådte inn i avtalen vil derfor være mislighold av den opprinnelige (og gjeldene) avtalen.

En slik løsning vil dog være vanskelig å forene med hensynet til rimelighet, særlig dersom den opprinnelige parten ville vært avskåret fra å påberope seg klausulen. Avtalelovens § 36 kan også være til hinder for dette alternativet. En bedre løsning vil da være å tolke klausulen slik at den del av oppfyllelse som skjedde før klausulen ble påberopt ikke er misligholdsgrunn, men at den opprinnelige avtalen må anses som gjeldene i forhold til fremtidig oppfyllelse av avtalen.

4.7 Begrenser klausulen stillingsfullmakten?

4.7.1 Innledning

I tillegg til skriftkravet, har klausulen også ofte et vilkår om hvem som har kompetanse til å avtale de skriftlige endringene. De to eksempelklausulene jeg har fokusert på i denne

²⁷⁰ Sammenlign med reglene om ugyldige avtaler, jf for eksempel Woxholth, Avtalerett s. 283 flg.

oppgaven har en nokså ulik regulering av dette spørsmålet. Etter eksempelklausul 2²⁷¹ er det kun de som signerte den opprinnelige avtalen som har kompetanse til å endre den. Vilkåret er veldig formalistisk, og passer best i avtaler som i utgangspunktet ikke trenger å endres.

Den andre eksempelklausulen²⁷² er mer generelt utformet. Her er vilkåret at den som avtaler endringen må være en ”*duly authorised representative*”. Det kan være tvilsomt om dette kun er en henvisning til generelle fullmaktsregler, eller om det innebærer en begrensning av stillingsfullmakten til de ansatte, slik at det kreves noe mer enn alminnelig stillingsfullmakt.

Stillingsfullmakt er regulert i avtalelovens § 10 annet ledd. Etter denne bestemmelsen har enhver ansatt den fullmakt som en som er ansatt i den stillingen i henhold til lov eller sedvane vanligvis har. Fullmakten kan imidlertid begrenses av fullmektigen, i dette tilfellet selskapets ledelse eller annen representant for selskapet som har den kompetansen. For at begrensningene skal binde tredjeparter, er det imidlertid et vilkår at tredjeparten kjenner eller burde kjent til begrensningen. Dette følger av avtalelovens § 11.

Hva som ligger i begrepet ”stilling” er nokså fritt. Det må være et avtaleforhold mellom fullmaktsgiveren og fullmektigen, men dette avtaleforholdet trenger ikke være en arbeidsavtale. Også oppdragsavtaler kan føre til at oppdragstakeren har stillingen.²⁷³ Stillingens betegnelse utad vil være avgjørende for hva fullmektigen er legitimert til å gjøre. En som er ansatt som innkjøpssjef vil for eksempel være legitimert til å foreta de disposisjoner som en innkjøpssjef vanligvis har fullmakt til å foreta.

Reglene om stillingsfullmakt er stort sett sammenfallene med de engelske reglene om apparent authority som følger av en persons stilling.²⁷⁴

4.7.2 ”By the same persons”

Ordlyden i den førstnevnte klausulen (eksempelklausul 2) danner ikke mye grunnlag for tvil. Her kan bare de opprinnelige personene avtale endringer i avtalen. En naturlig tolkning av dette er at ingen andre har fullmakt til å endre avtalen, og at de generelle reglene om stillingsfullmakt er avskåret.

²⁷¹ ”*This Agreement may be amended or modified in whole or in part at any time by an agreement in writing executed in the same manner and by the same persons as this Agreement*”. Jf punkt 1.3.

²⁷² Eksempelklausul 1: ”*No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties*”. Jf punkt 1.3.

²⁷³ Woxholth, s. 251.

²⁷⁴ Se punkt 2.4.2.

Begrepet "the same persons" må etter min mening likevel tolkes utvidende, slik at det betyr at den som innehar den aktuelle stillingen i selskapet har fullmakt. Det vil kunne føre til klart urimelige resultater om retten til å endre avtalen skulle falle helt bort dersom en ansatt slutter eller blir utsatt for en ulykke.

Det som er sagt om denne klausulen gjelder tilsvarende dersom det på andre måter henvises til en konkret gruppe personer eller stillinger som har rett til å endre avtalen.

4.7.3 "Duly authorised representative"

Etter ordlyden i den andre eksempelklausulen er det kun "*duly authorised representative[s]*" som kan endre avtalen. Problemstillingen er her om dette skal forstås som en innskrenkning i forhold til den normale stillingsfullmakten. Det kunne for eksempel innebære et krav om prokura, eller at personen som endrer avtalen må være legitimert etter selskapsrettslige regler.

"Duly" kan bety både "rettmessig", "passende" eller "behørig"²⁷⁵. Oversettelsen "rettmessig" taler for at det ikke kan utledes noe mer fra vilkåret enn at representanten må ha fullmakt. "Behørig" kan på sin side forstås som et uttrykk for at vanlig stillingsfullmakt ikke er nok, selv om denne tolkningen ikke fremstår som helt åpenbar. Betydningen av begrepet vil også kunne variere med hva som er vanlig praksis mellom partene. Dette må vektlegges ved tolkningen.

Det har i utgangspunktet formodningen mot seg at partene avtaler noe som er selvsagt (operasjonshensynet), og etter norsk rett er det en selvfølge at en representant må ha fullmakt for å kunne binde selskapet. Dette kan tale for at det betyr at det må mer til enn alminnelig stillingsfullmakt. Betydningen av dette momentet svekkes likevel ved at det sentrale elementet i klausulen er skriftkravet, ikke fullmaktsspørsmålet. Videre er dette en

²⁷⁵ Jf Ordnett.

boilerplate-klausul som klippet og limt fra et common law-rettssystem. Det kan derfor ikke legges særlig vekt på operasjonshensynet.

Etter min oppfatning er det etter dette ikke grunn til å legge noe mer i begrepet ”duly authorised representative” enn en påminnelse om at det er et vilkår at vedkommende som endrer avtalen må ha fullmakt.

4.8 Andre virkninger av klausulen: Bevisverdi og Presumsjonsvirkning

4.8.1 Innledning

Jeg konkluderte ovenfor med at NOA-klausulen vil ha begrenset gjennomslagskraft ovenfor avtaleendringer som har blitt fulgt opp av partene etter endringen (punkt 4.6). Men klausulen vil uansett kunne ha effekt på et tidligere stadium i tvistefasen, nemlig i spørsmålet om det i det hele tatt er inngått noen endringsavtale.

For det første kan NOA-klausulen ha direkte betydning som bevis i vurderingen av om avtalen er endret. For det andre kan en mulig effekt av klausulen være at det stilles strengere krav til bevis for den muntlige kontraktsendringen. Og til sist kan NOA-klausulen påvirke hvordan partenes oppførsel skal tolkes. Det er en glidende overgang mellom disse momentene, og en domstol vil neppe behandle dem særskilt. For systematikkens del behandles de likevel separat her.

4.8.2 NOA-klausulen som bevis

En tvist som gjelder spørsmålet om hvorvidt en avtale er endret vil i første omgang handle om hvorvidt en endringsavtale kan bevises. Dersom det ikke kan bevises at det foreligger en endringsavtale, vil den parten som hevder at avtalen er endret ikke få medhold. En slik bevisvurdering må baseres på alle relevante omstendigheter rundt den påståtte endringen, og i en slik vurdering vil også NOA-klausulen ha betydning som bevis for den parten som hevder at avtalen ikke er endret.

Klausulen kan med andre ord ha relevans ettersom den påvirker bevisbedømmelsen. Den kan anføres for å vise at man ikke hadde disposisjonsvilje, og kan underbygge argumentet om at hadde man ønsket å binde seg til en endring av avtalen, så ville man fulgt formkravene.

Selv om klausulen kan være et relevant bevis, må betydningen likevel ikke overvurderes. For det første er normalt klausulen ikke forhandlet, men bare tatt inn som en del av rammeverket i kontrakten.²⁷⁶ Dersom det foreligger klare bevis fra den andre siden på at partene avtalte en endring, kan antakelig ikke NOA-klausulen alene motbevise dette. Klausulen sier ikke noe direkte om partenes disposisjonsvilje på endringstidspunktet.

Selv om den ikke sier noe endelig om partenes disposisjonsvilje, kan den være bakgrunnen for partens opptreden. Dette kan være aktuelt i tilfellene der det ikke foreligger klare tilbuds og akseptshandlinger. Klausulen vil da kunne ha en viss vekt som bevis ved at den regulerer hvordan partene skulle ha opptrådt om de hadde ment å binde seg.

4.8.3 Presumpsjonsvirkning

Ovenfor vurderte jeg i hvilken grad NOA-klausulen kan ha betydning i en bevisvurdering. Nå skal jeg diskutere i hvilken grad NOA-klausulen kan flytte grensen for hvor sterke bevisene må være for at endringsavtalen skal ansees godtgjort. Utgangspunktet i norsk rett er at det må være mer enn 50 % sannsynlig at avtalen er inngått for at avtalen skal bli bindene.

Det er i utgangspunktet ikke noe større skriftlighetskrav for kompliserte avtaler enn for de enkle avtalene enten man har en NOA-klausul eller ikke. For kompliserte avtaler kan det imidlertid være grunn til å være forsiktig med å konstatere at avtale er inngått før det foreligger en skriftlig kontrakt. Faktorer som kan ha betydning for denne vurderingen er

²⁷⁶ Jf det som er sagt generelt om boilerplate-klausuler i punkt 1.3.2.

blant annet viktigheten og verdien av kontrakten, kompleksiteten i avtaleforholdet og hva som er vanlig mellom partene.²⁷⁷ Ved endring av en avtale som er inngått skriftlig vil disse momentene veie enda tyngre, og det vil være vanskelig å hevde at avtalen er endret med mindre det foreligger klare bevis. Spørsmålet i det følgende er om denne grensen flyttes ytterligere i kontrakter med NOA-klausuler, slik at det må kreves enda sterkere bevis for den påståtte endringen.

NOA-klausulens stilling i norsk rett er kun regulert i kjøpslovens § 91 (3). Denne bestemmelsen gir virkning til NOA-klausuler i internasjonale kjøp,²⁷⁸ men gjelder ikke for nasjonale kjøp. I nasjonale kjøp antas det at en tilsvarende avtaleregulering ”kan få bevismessig betydning for eksistensen og virkningen av påstått senere muntlig endringsavtale”.²⁷⁹ Kjøpslovens kommentarutgave peker her på at klausulen kan ha betydning som bevis, men det er uklart hvorvidt klausulen også flytter besvisterskelen.

Etter PECL artikkel 2:106 danner NOA-klausulen en presumpsjon for at en endring ikke er ment å være rettslig bindene med mindre formkravene er fulgt:

A clause in a written contract requiring any modification or ending by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is in writing.²⁸⁰

Artikkelen er formulert som en begrensning av rekkevidden til klausulen²⁸¹ ved at den *kun* skaper en presumpsjon for at endringen ikke er ment å være bindene.²⁸² Presumpsjonen skal etter ordlyden gjelde partenes intensjon. Dette er en henvisning til det engelske vilkåret om ”contractual intention” for at en avtale skal være rettslig bindene. I engelsk rett er det i utgangspunktet en presumpsjon for at vilkåret om ”contractual intention” er oppfylt

²⁷⁷ Woxholth, *Avtalerett* s. 162. Se for eksempel Rt. 1985 s. 1265 på side 1229 og Rt. 1955 s. 719 på side 720 som gjelder fast eiendom. Se også Rt. 1998 s. 946 på side 958.

²⁷⁸ Se ovenfor i punkt 4.5.3.

²⁷⁹ Bergem m.fl., s. 412.

²⁸⁰ PECL artikkel 2:106.

²⁸¹ ”...establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is in writing”.

²⁸² I motsetning til CISG og UNIDROIT, som gir klausulen konstituerende virkning jf drøftelsen ovenfor i punktene 4.5.3 og 4.6.3.

i kommersielle avtaleforhold.²⁸³ I henhold til PECL artikkel 2:106 blir denne presumpsjonen snudd dersom partene har inkludert en NOA-klausul i avtalen sin.

I motsetning til etter engelsk rett har norsk rett ikke noe vilkår om rettslig intensjon for at en avtale skal kunne håndheves. Det er imidlertid mulig å tolke bestemmelsen som en presumpsjon for at partene ikke har forpliktet seg før endringen er nedfelt skriftlig i henhold til klausulen. Denne oppfatning har støtte blant annet hos Gomard, som hevder at klausulen kan *”skærpe kravene til beviset for, at kontrakten virkelig er ændret ved en udtrykkelig muntlig eller stiltiende aftale, for eksempel ved at parterne har fulgt andre fremgangsmåder end dem, der er foreskrevet i kontraktsdokumentet”*.²⁸⁴

Både PECL og nordisk teori taler for at NOA-klausulen skaper en presumpsjon mot at avtalen er endret med mindre formkravene er fulgt. Krüger hevder også, i likhet med PECL, at presumpsjonsvirkning er den eneste virkningen klausulen kan ha.²⁸⁵

Det er imidlertid usikkert om klausulen faktisk hever bevisterskelen. Det er i alle tilfeller en sterk presumpsjon mot at kompliserte skriftlig kontrakter endres muntlig. NOA-klausulen kan likevel være tungen på vektskålen i de tilfellene der dommeren er i tvil til tross for presumpsjonen. Uavhengig av om klausulen kan styrke presumpsjonen, vil den i hvert fall gi et bevismessig overtak til den part som hevder at avtalen ikke er endret.

4.9 Kan NOA-klausulen avskjære avtalebinding som følge av passivitet

Passivitet som disposisjonskriterium

I norsk rett er det uomtvistet at passivitet kan få rettsvirkninger.²⁸⁶ Dette innebærer at passivitet også kan føre til avtalebinding. Utgangspunktet er imidlertid at en ikke blir

²⁸³ Se ovenfor i punkt 2.2.4.

²⁸⁴ Gomard s. 73.

²⁸⁵ Krüger s. 475.

²⁸⁶ Passivitetsstandarden har lenge vært anerkjent som alminnelig rettsgrunnsetning, se for eksempel Knoph s. 268 og Hagstrøm s. 76.

bundet av passivitet. Det vil ikke være heldig om en person kunne bli pådyttet uønskede avtaler, bare fordi han ikke aktivt benektet ønsket om å være part i avtalen.

Det avgjørende for om passivitet fører til avtalebinding, er om man forholder seg passiv i en situasjon der normal hensyntagen til medkontrahentens interesser taler for aktivitet. Passivitetsprinsippet er et utslag av lojalitetsprinsippet, og den underliggende begrunnelsen for at passivitet tillegges rettsvirkninger er at medkontrahenten har en beskyttelsesverdig forventning om at avtale var inngått.²⁸⁷

Det samme gjelder dersom en part enkelt kan avverge tap for den annen part ved å bare å si fra. I tråd med prinsippet om redelighet er det da ofte en grunn til å pålegge ham en aktivitetsplikt.²⁸⁸ Passivitetsvirkningen blir med andre ord en reaksjon på en parts klanderverdige opptreden.

Passivitet kan føre til avtalebinding i to situasjoner. Den ene situasjonen er der avtalebinding inntreffer fordi mottageren forholdt seg passivt ovenfor et tilbud.²⁸⁹ Dette kan for eksempel være situasjonen der mottageren selv har fremkalt tilbudet, jf avtaleloven § 9. Forarbeidene til avtaleloven forutsetter også at mottaker kan ha plikt til å reklamere ovenfor et tilbud i andre tilfeller.²⁹⁰ Et sentralt moment vil i dette tilfellet være om tilbyderer har berettiget grunn til å tro at avtalen har blitt akseptert dersom ikke løftemottaker avviser tilbudet.

Den andre situasjonen der passivitet kan føre til avtalebinding er dersom en part forholder seg passiv ovenfor en meddelelse som viser at den annen part anser seg bundet.²⁹¹ For det første gjelder dette dersom meddelelsen er aksept for tilbud som har kommet inn etter svarfristen,²⁹² eller hvis aksepten avviker fra tilbudet uten at avsender har forstått dette.²⁹³

I utgangspunktet må også forpliktelser kunne endres som følge av passivitet eller konkludent atferd. Et eksempel på dette kan være at en gir beskjed om at han ønsker å levere på en annen måte enn kontrakten krever, og deretter leverer på denne måten, uten at dette blir bestridt fra motparten.

²⁸⁷ Lojalitetsprinsippet er omtalt i punkt 3.6.

²⁸⁸ Arnholm, Avtalerett s. 78.

²⁸⁹ Arnholm, Passivitetsvirkninger s. 11.

²⁹⁰ Ibid. s. 12.

²⁹¹ Ibid. s. 14.

²⁹² Avtl. § 4 (2).

²⁹³ Avtl. § 6 (2).

Forholdet mellom NOA-klausulen og passivitet

Begrunnelsen for å stifte rettigheter som følge av en parts passivitet, er som nevnt ovenfor at medkontrahenten har fått en beskyttelsesverdig forventning om at retten eksisterer. Etter NOA-klausulen skal imidlertid endringer kun bli bindene dersom de følger klausulens formkrav.

Rettsvirkningene av en parts passivitet er utslag av den generelle plikten til lojalitet mellom partene. Som nevnt i kapittel 3 er lojalitetsprinsippet preseptorisk, og kan ikke fravikes ved avtale.²⁹⁴ Imidlertid har partene til en viss grad anledning til å avtale at en viss type opptreden ikke skal anses som illojal. Dette kan begrunnes i partene ikke kan ha en beskyttelsesverdig forventning om at slik opptreden ikke skal forekomme.²⁹⁵ På bakgrunn av dette kan det settes spørsmålstegn ved om en forventning om at avtalen er endret som følge av passivitet er beskyttelsesverdig når partene har inntatt en klausul om at avtalen kun kan endres skriftlig.

Passivitet kan imidlertid føre til at retten til å påberope seg NOA-klausulen går tapt.²⁹⁶ Selv om man prinsipielt sett kan avtale seg vekk fra betydningen av passivitet som disposisjonskriterium, vil passivitet av denne grunn ofte føre til at retten til å påberope seg klausulen likevel faller bort.

For at passivitet skal kunne føre til at retten til å påberope seg NOA-klausulen går tapt, må imidlertid parten ha hatt en oppfordring til å påberope seg klausulen. Det faktum at parten begynner å praktisere avtalen på en annen måte enn opprinnelig avtalt kan ikke være nok. Det kan falle under kategorien ”tålt bruk”. Blir parten derimot klar over at medkontrahenten disponerer sine ressurser på en slik måte at han vil pådra seg store tap

²⁹⁴ Punkt 3.6.2.

²⁹⁵ Nazarian s. 137.

²⁹⁶ Se om dette ovenfor i punkt 4.6.3.

dersom han må oppfylle i henhold til den opprinnelige avtalen, vil han i tråd med lojalitetsprinsippet ha en plikt til å gripe inn.

I praksis vil det imidlertid være veldig vanskelig å trekke linjen mellom tålt bruk og illojal passivitet. I praksis vil det derfor antakelig være slik at NOA-klausulen ikke kan avskjære passivitet som et relevant disposisjonskriterium, men at grensen må trekkes etter de samme linjer som for andre muntlige avtaler i strid med formkravene.²⁹⁷

5 OPPSUMMERING

I denne avhandlingen har jeg gjennomgått norsk, engelsk og amerikansk rett med sikte på å klarlegge virkningen av No Oral Amendments-klausuler. Etter klausulens intensjon skal alle endringer som ikke er i samsvar med fastsatte formkrav avskjæres. Ingen av de nevnte landenes rett tillegger klausulen denne virkningen fullt ut.²⁹⁸

Underlagt engelsk og amerikansk rett, kan klausulen stort sett ikke avskjære formløse endringer. Begrunnelsen for dette er hovedsakelig at endringsavtalen utgjør en separat avtale som går foran den skriftlige kontrakten etter et lex posterior-prinsipp. For at denne problemstillingen i det hele tatt skal komme på spissen, må det imidlertid være klart at partene har inngått en muntlig avtale om å endre kontrakten. Uavhengig av en NOA-klausul skal det mye til før dette anses som klart. Klausulen kommer derfor stort sett bare på spissen i de tilfellene der partene har innrettet seg etter endringen.

²⁹⁷ Jf punktene 4.5 og 4.6.

²⁹⁸ På prosjektet var de fleste deltakerne enige om at virkningene som ordlyden i NOA-klausulen legger opp til ikke er 100 % oppnåelige i deres rettssystem. Det eneste unntaket var Russland. Etter russisk rett vil alle endringer i strid med klausulen være ugyldige, uavhengig av innrettelse eller annet. Dette kom frem på prosjektets avsluttende seminar i Oslo torsdag 23. oktober 2008 der professor Ivan S. Zykin redegjorde for russisk retts syn på NOA-klausuler.

I norsk rett er utgangspunktet at avtalovens § 1 er deklatorisk, og at partene står fritt til å avtale formkrav. Dette åpner for at klausulen kan ha virkning etter sin ordlyd. Heller ikke etter norsk rett er det imidlertid mulig å oppnå fullstendig konstituerende virkning av klausulen. Der partene har innrettet seg etter endringen, vil en slik virkning føre til resultater som ofte vil være i strid med avtalelovens § 36, hensynet til rimelighet eller prinsippet om lojalitet.

Denne motstriden mellom klausulens ordlyd og bakgrunnsretten kan løses på flere måter. Et alternativ er å ta utgangspunkt i at alle endringer kan avskjæres, men at retten til å påberope klausulen kan gå tapt som følge av passivitet eller konkludent atferd. En annen mulighet er å tolke klausulen som kun en presumpsjon mot at endring er avtalt. I henhold til PECL skal klausulen tolkes på denne måten. Et tredje alternativ er å tolke klausulen innskrenkende, slik at den ikke omfatter endringer som partene har innrettet seg etter. Både UNIDROIT og CISG gir denne virkningen til klausulen.

De tre nevnte alternativene vil antakeligvis føre til det samme resultatet i de fleste tilfeller. I noen tilfeller kan imidlertid bevisene for endringsavtalen være så sterke at en presumpsjon må ansees tilbakevist, uten at det nødvendigvis vil være illojalt eller urimelig at NOA-klausulen kan avskjære endringen. Da vil virkningen etter presumpsjonsalternativet, og etter common law, være at endringen er bindende, mens det etter de to øvrige alternativene vil være at den opprinnelige kontrakten gjelder uforandret.

En annen side av de problemstillingene som diskuteres, er forholdet til fullmaktsreglene. Slik NOA-klausulen er formulert, skiller den ikke mellom endringer foretatt av en fullmektig og endringer foretatt av prinsipalen. Fullmaktsspørsmål vil likevel kunne påvirke vurderingen av om klausulens resultat vil være i strid med lojalitetsprinsippet eller med rimelighetshensyn.

Uavhengig av den virkning som NOA-klausulen de lege lata kan ha, er det klart at klausulens ønskede effekt – å hindre tvister vedrørende påståtte muntlige endringsavtaler –

som regel oppnås i praksis. Dette understrekes av at det, til tross for at klausulen brukes i et stort omfang, nesten ikke finnes rettspraksis om klausulen i noen av de nordiske landene.

Selv om den ønskede virkningen tilsynelatende oppnås, er det uheldig at klausulen ikke gir et korrekt uttrykk for de rettslige virkningene klausulen kan ha. Klausulen bør derfor formuleres på en måte som gir uttrykk for de begrensninger som følger av bakgrunnsretten. En klarere formulert klausul vil også forhindre tvil om hvilket tolkningsalternativ som skal velges. Her er et forslag til utforming av en NOA-klausul, inspirert av UNIDROIT og CISG, som etter min mening er forenlig med norsk rett:

” No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by duly authorised representatives of each of the Parties.

However a party may be precluded by his conduct from asserting the invalidity of additions or variations not made in writing to the extent that the other party has relied on such conduct”.²⁹⁹

²⁹⁹ Formuleringen er inspirert av et eksempel fra Fontaine, s. 160.

6 LITTERATURLISTE

- Adlercreutz II Adlercreutz, Axel: *Avtalsrätt II*, 5. utg. Lund, 2001.
- Anderson Anderson, Mark: *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, London, 1998.
- Arnholm, Alminnelig Arnholm, Carl Jacob: *Alminnelig avtalerett*. Oslo, 1949.
avtalerett
- Arnholm, Arnholm, Carl Jacob: *Passivitetsvirkninger. Et bidra til læren om*
Passivitetsvirkninger *de rettsstiftende kjensgjerninger*. Oslo, 1932.
- Barbo Barbo, Jan Einar: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997.
- Bergem m.fl. Bergem, John Egil, Konow og Rognlien: *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp : med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2008.
- Bjørnstad Bjørnstad, Henrik: *Entire Agreement* Studentavhandling, Oslo 2007.
http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essays/avhandling_bjornstad.pdf
- Bryde Andersen Bryde Andersen, Mads: *Grundlæggende aftaleret*. København, 1997.
- CFR European Common Frame of Reference (CFR),
<http://www.copec1.org/>

Chitty	Beale, H.G. (General Editor): <i>Chitty On Contracts</i> , Vol. I, General Principles, 29. utg. London, 2004.
Christou	Christou, Richard: <i>Boilerplate: Practical Clauses</i> . 4. utg. London, 2005.
Corbin 13	Jenkins, Sarah H. <i>Corbin on Contracts Discharge</i> Vol. 13. Revidert utg. 2003
Corbin One Volume Edition	Corbin, Arthur L.: <i>Corbin on Contracts One Volume Edition</i> . St. Paul, 1952
Dalhuisen	Dalhuisen, Jan H.: <i>Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law</i> , Oregon 2000.
Date-Bah	Date-Bah, S.K. i Bianca-Bonell, <i>Commentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention</i> . Milan 1987.
Falkanger	Falkanger, Thor: <i>En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter</i> . I: Arkiv for Sjørett bind 9, 1969 s. 537-566.
Farnsworth I	Farnsworth, E. Allan: <i>Farnsworth on Contracts</i> , Vol I. 3. utg. New York, 2004.
Farnsworth II	Farnsworth, E. Allan: <i>Farnsworth on Contracts</i> , Vol II. 3. utg. New York, 2004.
Fontaine	Fontaine, Marcel og Ly, Filip De: <i>Drafting International Contracts – An Analysis of Contract Clauses</i> . New York, 2006.

Furmston, Contract Formation	Furmston, Michael, Norisada, Takao og Poole, Jill: " <i>Contract Formation and Letters of Intent</i> ". Chichester, 1998.
Furmston, Law of Contract	Furmston, Michael: <i>Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract</i> , 15. utg. Oxford, 2007.
Gomard	Gomard, Bernhard: <i>Almindelig kontraktsret</i> . 2. utg. Gylling, 1996.
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo: <i>Obligasjonsrett</i> . Oslo 2003.
Halvorsen	Halvorsen, Christine: <i>Erstatningsansvar for avbrutte kontraktsforhandlinger etter engelsk rett</i> , Studentavhandling, Oslo 2004. http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=19197
Heggberget og Nyland	Heggberget, Lars Marius og Nyland, Espen: <i>Formuleringen av internasjonale kontraktsrettslige grunnprinsipper og betydningen for norsk rett</i> . I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 1-2/2000 s. 251-323.
Hillman	Hillman, Robert A.: <i>Article 29(2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A New Effort at Clarifying the Legal Effect of "No Oral Modification" Clauses</i> . I: Cornell International Law Journal 1988 S. 449-466
Holm	Holm, Anders: <i>Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprinci</i> , Studies in Management and Economics, Dissertations No. 61, Avdeling för Rätt och rättsfilosofi. Linköping 2004. (ref. Nazarian)

Hov, Avtaleslutning og ugyldighet	Hov, Jo: <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> . 3. utg. Oslo 2002.
Hov, Gyldendal Rettsdata	Hov, Jo: <i>Kommentarer til avtaleloven</i> . I: Gyldendal Rettsdata (online).[Sitert 8. januar 2009]
Hudson	Wallacem Duncan: <i>Hudson's Building and Engineering Contracts</i> 11. utg. London, 1995.
Huser	Huser, Kristian: <i>Avtaletolking</i> . Bergen, 1983.
Haaskjold	Haaskjold, Erlend: <i>Kontraktsforpliktelser</i> . Oslo, 2002.
Håstad	Håstad, Torgny: <i>Reformering af de nordiske aftalelove?</i> Det 32. nordiske juristmøde Reykjavik 22.-24. august 1990 s. 247-283
James' Introduction	Shears, Peter og Stephenson, Graham: <i>James' Introduction to English Law</i> , 13. utg., London, 1996.
Keating	Furst, Stephen: <i>Keating on Construction Contracts</i> 8. utg. London, 2006
Knoph	Knoph, Ragnar: <i>Rettslige standarder</i> , Oslo 1939.
Krüger	Krüger, Kai: <i>Norsk Kontraktsrett</i> . Bergen, 1989.
Leadbetter	Leadbetter, Gary: <i>The Status of a "No Oral Modification" Clause Under The Restatement (second) of Contracts</i> . I: Pittsburgh Law Review, 1969-70 s. 312-332.
Lynge Andersen	Lynge Andersen, Lennart og Madsen, Palle Bo: <i>Aftaler og</i>

mellemmænd. 5. utg. København, 2006.

Moss, *Anglo-American Contract Models ...*

Moss, Giuditta Cordero: *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law: Introduction and Method* I: Institutt for Privatrechts stensilserie 169/2007.

Moss, Bokomtale av Utenrigshandelens Kontrakter

Moss, Giuditta Cordero: *Bokomtale av Utenrigshandelens Kontrakter, femte utgave*. I: Lov og Rett nr 05/2007 s. 313-317

Nazarian

Nazarian, Henriette: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.

Ordnett

<http://www.ordnett.no>

Oxford Law Dictionary

Martin, Elizabeth A. (red.): *A Dictionary of Law*, 6. utg. Oxford, 2006.

PECL

Principles of European Contract Law,
http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm

Peel, e-post

Peel, Ed: E-post datert 16.9.2008

Poole

Poole, Jill: *Textbook on Contract Law*. 9. utg. Oxford, 2008.

Ramberg

Ramberg, Jan og Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*. 6. utg. Stockholm 2003.

Restatement 2nd of Contracts

American Law Institute, *Restatement of the Law Second Contracts* 2d Volume 1 §§ 1 to 177, St. Paul 1981.

Rose, Commercial Lawyer	Rose, Craig: <i>Only in Writing – Prohibitions on varying a document orally</i> . I: Commercial Lawyer nr 19/1997 s. 28-29.
Schlechtriem & Schwenzer	Schlechtriem, Peter og Schwenzer, Ingeborg: <i>Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CSIG)</i> . 2. utg. Oxford, 2005.
Schulze	Schulze, Reiner (ed). <i>The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law I: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law</i> . München 2008.
Selvig	Selvig, Erling: <i>Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk</i> . I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986 s. 1-26.
Selvig, foredrag	Selvig, Erling: Foredrag: <i>Streiftog i maximen "Kontrakter skal tillegges rettsvirkning etter sitt innhold"</i> . Misjonssalen, Januar 2008. Disposisjon på: http://www.juristforeningen.no/fagstyret_mappe/selvig.doc
Skribeland	Skribeland, Fredrik: <i>No Waiver</i> Studentavhandling, Oslo 2005. http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essays/Avhandling%20Fredrik%20Skribeland.pdf
Snyder	Snyder, David: <i>The Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver and Estoppel</i> . I: Wisconsin Law Review, 1999 s. 607-686.

Stang, Innledning til formueretten	Stang, Fredrik: <i>Innledning til formueretten</i> . 3. utg. Oslo, 1935.
Stang, JFT:	Stang, Fredrik: <i>En utviklingslinje i de formuerettslige ugyldighetsregler</i> . I: <i>Juridiska föreningen i Finland</i> 1933 s. 365-395 (jf. Nazarian).
Stone	Stone, Richard: <i>The Modern Law of Contract</i> 7. utg. London og New York, 2007.
Sweet	Sweet, Justin: <i>Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process</i> . 5. utg. St Paul, 1994. (Referert i Barbo side 185).
Treitel	Peel, Edwin: <i>Treitel, The Law of Contract</i> , 12. utg. London, 2007.
UCC, offisiell kommentar	Official Text and Comments of the Uniform Commercial Code, Westlaw (online) 2008.
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf
Ussing	Ussing, Henry: <i>Aftaler</i> . 3. utg. København 1950.
White & Summers	White, James og Summers, Robert: <i>Uniform Commercial Code</i> . Vol I, 4. utg. St. Paul, 1995.
Wilken & Villiers	Wilken, Sean: <i>The law of waiver, variation and estoppels</i> . 2. utg. Oxford, 2002

Woxholth, Avtalerett Woxholth, Geir: *Avtalerett*. 6. utg. Oslo 2006.

Woxholth, epost Woxholth, Geir: E-post datert 19. Oktober 2008.

7 LOVER, DOMMER, ETC.

LOVER

Norske lover

Norske Lov (NL) Kong Christian Den Femtis Norske Lov, 15. april 1687.

Avtaleloven (avtl) Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai nr. 4 1918.

Kjøpsloven (kjl) Lov om kjøp 13. mai nr. 27 1988.

Tvisteloven (tvl) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. juni nr. 90 2005.

Engelske lover

Statute of Frauds 1677 Statute of Frauds Act (29 Car. 2 c.3)

Amerikansk lovgivning

Statute of Frauds

Uniform Commercial Code (UCC - oppdatert versjon fra Westlaw International)

KONVENSJONER

CISG

FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løseørekjøp (CISG)

UNCITRAL MODELLOVER

UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006

RETTSPRAKSIS

Norsk rettspraksis:

Rt. 1924 s. 107

Rt. 1929 s. 963

Rt. 1954 s. 980

Rt. 1955 s. 719

Rt. 1966 s. 533

Rt. 1973 s. 375

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1985 s. 1265

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1987 s. 442

Rt. 1992 s. 295 ”Custos”

Rt. 1993 s. 149

Rt. 1998 s. 946

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

ND 1983 s. 309

ND 1989 s. 379

Engelsk rettspraksis:

Melville v Carpenter [1853] 11 Up.Can.Q.B. 128

Summers v Solomon [1857] 7 E. & B. 879
 Daun v Simmins [1871] 41 LT 48
 Rise & Frank Co J R Crompton & Bros Ltd [1925] A.C. 445
 Charles Richards Ltd v Oppenheim [1950] 1. K.B. 616
 Combe v Combe [1951] 2 K.B. 215
 City & Westminster Properties (1934) Ltd v Mudd [1959] Ch. 129
 Chapman v Honig [1963] 3 W.L.R. 19
 Stubbs v Tower Still and King [1987] I.R.L.R. 312
 Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd [1991] QB 1
 Walford v Miles [1992] AC 128
 Re Selectmove Ltd [1995] 1 WLR 474
 Inntrepreneur Pub Co v East Crown Ltd [2000] 2 Lloyd's Rep 611
 SMC Electronics Ltd v Akhter Computers [2001] 1 BCLC 433.
 World Online Telecom v I-Way Ltd. [2002] EWAC Civ 413
 I-Way v World Online Telecom Ltd. [2004] EWHC 244

Amerikansk Rettspraksis

Bartlett v Stanchfield 19 N.E. 549 (1889)
 Green v Doniger 90 N.E.2d 54 (N.Y. 1949)
 Wagner v Graziano Construction Company 136 A.2d 82 (Pa. 1957)
 Rose v. Spa Realty Associates 366 N.E.2d 1279 (N.Y. 1977)
 Universal Builders Inc. v Moon Motor Lodge Inc. 433. Pa 550. (1968)
 Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters 781 F.2d. 1280 (1986)
 Foster Wheeler Enviresponse Inc v Franklin County Convention Facilities Authority 678 N.E.2d 519 (Ohio 1997)
 Terracom Development Group Inc. v Coleman Cable & Wire Co. 365 N.E.2d 1028

FORARBEIDER

Ot.Prp.nr.80 (1986) Om kjøpslov
 NU 1984:5 Nordiska Köplagar

STANDARDAVTALER

NS8405 (2004)